UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE GÉNÉRALE
DE LA
REPRÉSENTATION
DANS LES
ACTES JURIDIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Pierre BOUQUIER

MONTPELLIER
IMPRIMERIE GUSTAVE FIRMIN ET MONTANE
(Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson)

1899

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

Faculté de Droit

MM. Vigié, Doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

Brémond, Assesseur, professeur de Droit administratif.

Gide, professeur d'Économie politique, en congé.

Laurens, professeur de Droit civil, en congé.

Glaize, professeur de Procédure civile, chargé des cours de Voies d'exécution et de Législation financière.

Laborde, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Economie industrielles.

Charmont, professeur de Droit civil, chargé du cours de Droit civil dans ses rapports avec le Notariat.

Chausse, professeur de Droit romain, chargé du cours de Pandectes.

Meynial, professeur d'Histoire du Droit.

Barde, professeur de Droit constitutionnel.

Declareuil, professeur de Droit romain, chargé du cours d'Histoire du Droit public français.

Valéry, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

Perreau, agrégé, chargé d'un cours de Droit civil approfondi, et d'un cours complémentaire de Droit civil.

Brouilhet, chargé d'un cours d'Économie politique.

Gariel, chargé d'un cours d'Économie politique et du cours d'Histoire des doctrines économiques.

Moye, chargé des cours de Droit international public.

Lévy Ullmann, chargé d'un cours de Droit civil.

Giraud, secrétaire.

Membres du Jury :

MM. Charmont, professeur, *président.*
Declareuil, professeur
Lévy Ullmann, chargé de cours } *assesseurs.*

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE GÉNÉRALE
DE LA
REPRÉSENTATION
DANS LES
ACTES JURIDIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Pierre BOUQUIER

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

MONTPELLIER
IMPRIMERIE GUSTAVE FIRMIN ET MONTANE
(Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson)

1899

Je dédie ce travail à tous ceux dont le dévouement, la bienveillance et la sympathie ne m'ont jamais fait défaut et ont, dans une large mesure, contribué à faciliter ma tâche ; à eux tous, j'adresse, en ce moment, l'hommage de mon plus profond respect et l'expression de ma plus vive reconnaissance :

A mon père, à ma mère et à ma sœur, en témoignage de ma sincère affection ;

A M. Charmont, qui a bien voulu me faire l'honneur d'accepter la présidence de ma thèse ;

A M. Chausse, dont les excellents conseils ont été pour moi, dans le cours de mes études de droit, un guide sûr et précieux ;

A Monsieur le Doyen et à tous mes professeurs ;

A mes parents et à mes amis.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546803_0061

BUT ET PLAN GÉNÉRAL DE CETTE ETUDE

Le but que nous nous proposons dans ce modeste travail est de présenter une théorie générale de la représentation dans les actes juridiques.

Nous rechercherons tout d'abord quel est le mécanisme sommaire de la représentation et quels sont les motifs qui l'ont fait admettre dans notre droit moderne. Nous donnerons également un aperçu de la législation romaine sur la question.

Nous essayerons ensuite de dégager le véritable caractère, la véritable nature juridique de la représentation et l'étendue de sa sphère d'application dans notre droit.

Les conditions auxquelles elle est soumise, les règles qui la régissent et les effets qu'elle produit tiendront également dans notre étude, une bien large place.

Nous terminerons enfin par l'examen de quelques cas spéciaux d'où l'idée de représentation ne se dégage pas toujours d'une façon très nette, et nous essayerons de déterminer la part qu'il convient de lui attribuer.

Une telle étude nous paraît présenter un très grand intérêt à un double point de vue : — tout d'abord, en ce que le législateur, n'ayant pas assigné à la représentation une place spéciale dans nos Codes, laisse par cela même à la discussion juridique un champ d'étendue très vaste.

L'intérêt apparaît aussi, en second lieu, en ce que, recevant, de nos jours, une application de plus en plus fréquente, la représentation voit son domaine s'accroître sans cesse et semble exiger, pour cette raison, une délimitation bien marquée et une précision rigoureuse dans les principes qui la gouvernent.

C'est là le plan du travail que nous nous sommes imposé et que nous nous efforcerons de réaliser. Puissions-nous rendre ces quelques pages intéressantes pour ceux qui seront appelés à les lire, c'est le seul désir qu'il nous soit permis d'exprimer et, là aussi, est toute notre ambition.

ETUDE GÉNÉRALE

DE

LA REPRÉSENTATION

DANS

LES ACTES JURIDIQUES

INTRODUCTION

Dans toute convention, ou, plus généralement, dans tout acte juridique, le but recherché est l'établissement d'un lien entre les parties contractantes ou la création d'un rapport de droit entre certaines personnes déterminées.

Ces personnes déterminées sont généralement celles qui sont parties à l'acte en question, celles qui parlent, qui stipulent ou s'engagent, qui, en un mot, jouent un rôle évident et manifeste.

C'est là la forme première, la conception qui doit naturellement s'offrir à l'esprit de tout individu étranger à une opération juridique.

C'est, en somme, le mécanisme rudimentaire et primitif, et c'est par là, certainement, que sont passées toutes les législations.

Mais cette forme-là, toute logique et naturelle, ne se

rencontre pas toujours aujourd'hui, et, si l'idée contraire constitue l'exception, on peut dire que l'exception a fait une large brèche dans l'application du principe.

La représentation, qui a fait son apparition de bonne heure, permet à une personne d'accomplir un acte juridique pour le compte d'autrui.

C'est une institution par laquelle un tiers, ne figurant pas à la conclusion d'un acte, acquerra des droits ou s'engagera par le concours d'une personne qui agira pour son compte.

De la sorte, les effets d'un acte juridique ne se produiront plus nécessairement dans le patrimoine de ceux qui les ont conclus ; des personnes qui y sont restées étrangères, pourront, grâce à la représentation, en recueillir les fruits, ou en subir les charges.

Le rôle de la représentation sera donc d'augmenter, d'agrandir la personnalité juridique de l'individu.

Le représentant sera donc, en fait, seul, partie à l'acte, ce sera lui seul qui parlera, mais il parlera pour le compte d'un autre : le représenté. Et ce sera ce dernier qui deviendra réellement, en droit, le sujet actif ou passif du lien de droit formé ; c'est dans son patrimoine que se produiront les effets de l'acte, la personnalité du représentant s'effaçant devant la sienne.

Mais il convient d'observer ici, (et, nous le verrons plus loin en examinant le caractère juridique de la représentation) que le représentant joue un rôle actif, et que, dans une certaine mesure, sa personnalité n'est nullement indifférente. Et cela, pour écarter, dès le début, une hypothèse spéciale, qui ne rentre pas dans le domaine de la représentation proprement dite, malgré certaines analogies. Nous voulons parler de ce que les Romains appelaient : les actes faits *per nuntium*.

Le *nuntius*, le messager, qui portait la lettre contenant les volontés de son maître, n'était, en somme, qu'un instrument dont on ne devait tenir aucun compte au point de vue juridique, ce n'était qu'un simple commis, dont la personnalité était tout à fait indifférente. De telle sorte, qu'en fait comme en droit, le véritable contractant était toujours le maître du *nuntius*.

Ces hypothèses-là sont donc totalement exclusives de toute idée de représentation.

Voilà donc, en quelques mots, quel est le mécanisme sommaire de la représentation ; examinons maintenant les avantages et les inconvénients qu'elle présente.

Tout d'abord, la représentation permet à des incapables d'accomplir, par le secours d'autrui, des actes qu'ils ne peuvent accomplir par eux-mêmes ; c'est ainsi que le tuteur représente le mineur dans presque tous les actes de la vie civile. Nous sommes ici, il est vrai, dans un cas de représentation légale, obligatoire, dont la raison d'être nécessaire est motivée par l'impossibilité dans laquelle se trouve le mineur d'agir par lui-même. Néanmoins, même dans ce cas, il est vrai de dire que la représentation est la source d'un réel avantage pour l'incapable, en ce qu'elle constitue, en sa faveur, une véritable garantie contre les conséquences funestes d'une gestion sinon mauvaise, tout au moins inexpérimentée.

Mais le bienfait de la représentation apparaît encore plus clairement dans bien d'autres cas. Une personne, que ses occupations nombreuses ou son état de santé empêchent d'administrer tout ou partie de sa fortune, peut en confier la gestion à un tiers qui agira pour son compte, la représentera. Un individu, dont une longue absence serait de nature à porter préjudice à ses intérêts, peut déléguer ses pouvoirs à un représentant qui traitera pour

son compte. Dans tous ces cas, la représentation constituera un véritable bénéfice pour le représenté.

Dans le monde des affaires, apparaît encore bien plus l'utilité de la représentation.

Un industriel, qui désire écouler ses produits sur plusieurs marchés, peut déléguer des représentants qui vendront ses marchandises pour son compte ; sans aucun déplacement, il peut établir sur chacun de ces marchés des préposés à son service, qui, munis de pouvoirs suffisants, rempliront, auprès des acheteurs, le même office que lui.

Enfin, un autre avantange, très considérable encore dans le monde commercial, c'est le secret ! Un industriel est en relations d'affaires avec certaines personnes, mais il tient à ce que ses relations ne soient pas connues de ses concurrents ; il vend par exemple à une importante maison d'exportation, il s'approvisionne à des sources très avantageuses : voilà donc autant de motifs pour que ses opérations ne soient pas dévoilées. Eh bien ! la représentation lui fournira le moyen d'éviter les inconvénients qu'il redoute ; grâce à des représentants qui lui serviront d'intermédiaires, il pourra, de la sorte, tromper la surveillance de ses concurrents et conserver pour lui seul le bénéfice de ses opérations avantageuses.

Comme on le voit, les bienfaits du nouveau principe étaient en nombre suffisant pour préparer son introduction et favoriser son développement. Mais, comme toute chose a son mauvais côté, n'y a-t-il pas également dans le fonctionnement de la représentation quelques inconvénients ?

Certes, toute médaille a son revers, et il n'est pas de bonne institution qui ne pèche en quelque point. En ce qui concerne la représentation, il faut évidemment tenir

compte de cette idée qu'une intervention étrangère dans la gestion des intérêts d'une personne n'est jamais, en principe, aussi salutaire que l'intervention de l'intéressé. L'œil du maître, a-t-on souvent dit, avec raison, est la meilleure des garanties.

Mais il ne faut pas, cependant, exagérer en sens contraire et conclure que les intérêts du représenté souffriront d'un préjudice sérieux. Du reste, d'excellents moyens peuvent, sinon faire totalement disparaître, tout au moins atténuer dans une large mesure ces quelques craintes. Une bonne rémunération, une récompense supplémentaire ou même une part prélevée sur les bénéfices, ne sont-ils pas pour le représentant un bon stimulant l'engageant à gérer, pour le mieux, les intérêts qui lui sont confiés ?

Comme on le voit, ce léger inconvénient n'est guère à considérer et doit, en tout cas, céder devant les avantages considérables que nous avons énoncés plus haut.

Aussi, pour tous ces motifs, la représentation a pris, dans notre droit moderne, un grand développement et a été admise par toutes les diverses législations. Mais cette rapide extension n'est que la conséquence d'une longue et lente élaboration, qui, partie du droit romain et successivement transformée par les législations intermédiaires, a abouti, dans notre droit actuel, au complet développement de la représentation.

Nous donnerons de cette élaboration un court et rapide aperçu, nous attachant toutefois à mettre en relief les principes admis par les Romains sur cette matière.

Si l'on remonte aux origines du droit romain, on trouve ce principe : que nul ne peut se faire représenter par un autre (1). C'est celui-là seul qui a participé à la confection

(1) Quæcumque gerimus, quum ex nostro contractu originem

d'un acte juridique qui doit en recueillir les effets (1).

Donc, à cette époque, le principe de la non représentation était admis dans toute sa rigueur. L'acte juridique était considéré comme un et indivisible, c'est-à-dire que l'effet ne pouvait être séparé de la cause ; la cause c'est l'acte lui-même et l'effet, ses conséquences. La représentation n'est, en effet, autre chose que la séparation artificielle de ce qui, par sa nature même, doit être et rester un (2).

Aussi faut-il voir, peut-être, dans cette considération, la raison pour laquelle les Romains ont écarté toute idée de représentation. Un droit rudimentaire et en formation se conforme, autant que possible, à une conception simple et naturelle des choses ; or, le principe de l'indivisibilité de l'acte juridique est l'expression d'une idée toute naturelle. Si j'accomplis un acte quelconque, c'est que j'ai, du moins aux yeux des tiers étrangers, l'intention d'en recueillir moi-même les conséquences. C'est là l'opinion qui, tout naturellement, se dégage de ma conduite (3).

Mais ce principe, seul admis par le droit romain primitif, s'est-il toujours ainsi conservé ? Non, les Romains, ayant reconnu les inconvénients que présentait un tel système, se départirent de leur rigueur, et, sans aller jusqu'à

---

trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt. » (*Dig.*, 44-7-11).

(1) C'est un des plus anciens principes de droit romain, que jamais un acte juridique ne pût être réputé l'œuvre de personnes qui n'y ont pas figuré, ni, par conséquent, produire des effets à leur égard. — Accarias, t. II, n° 636.

(2) Ihering. — *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 171.

(3) D'autres voient dans le formalisme primitif le véritable obstacle à l'admission de la représentation, les formes et paroles solennelles s'opposant à l'immixtion d'un tiers.

adopter le principe contraire, apportèrent cependant de nombreuses et importantes atténuations à l'idée première. Ces atténuations ne furent cependant introduites qu'assez tard, avec l'extension des relations commerciales et le besoin d'activité qui en découla. Du reste, l'organisation même de la famille romaine permettait, dans une certaine mesure, de suppléer au défaut de représentation. Le père de famille pouvait, en effet, agir par l'intermédiaire de personnes sous sa puissance, fils de famille ou esclaves. Mais, il convient de le remarquer, l'idée de représentation est ici complètement étrangère ; les fils de famille et les esclaves n'ayant pas, à proprement parler, une personnalité juridique, étaient censés ne former qu'une seule et même personne avec leur *pater* ou leur *dominus*.

De plus, au moyen du mandat, on arrivait également au même but. Le mandataire concluait l'affaire en son nom et transférait ensuite au mandant les effets de ses actes. Mais le mandataire restait seul créancier ou débiteur ; et le mandant et les tiers, complètement étrangers l'un à l'autre.

L'emploi fréquent de ces deux procédés explique donc, dans une large mesure, le maintien pendant longtemps du principe rigoureux de la non représentation complète. Ce ne fut qu'avec le préteur que des réformes sérieuses furent introduites et qu'à l'aide d'actions utiles on put adoucir les rigueurs du droit civil.

Tout d'abord, c'est en matière de tutelle que fut apporté le premier tempérament. Un édit du préteur décida qu'une fois le pupille parvenu à la puberté, ce serait à lui-même et contre lui-même que les actions nées des actes du tuteur compèteraient sous forme d'actions utiles (1).

---

(1) Accarias, t. II. *Du mandat.*

En matière d'acquisition de la possession et de la propriété, l'influence du préteur se fit aussi sentir.

Il fut admis que les tuteurs et curateurs pourraient aliéner les biens de l'incapable, quoique n'ayant sur ces biens aucun droit de propriété.

Le mandataire eut, lui aussi, cette même faculté, quand le mandat contenait une clause expresse à ce sujet.

Le créancier gagiste put également aliéner le gage qui lui avait été confié (1).

Quant au principe que nul ne peut acquérir par l'intermédiaire d'un tiers, une exception fut également introduite (2). Il fut admis qu'une personne libre, un procureur, pouvait faire acquérir à autrui, même à l'insu de ce dernier, la possession d'une chose. Le mandataire pouvait donc acquérir pour le mandant ; l'*animus*, c'est-à-dire l'intention de devenir propriétaire se trouvant contenu, à l'égard de ce dernier, dans la constitution elle-même du mandat.

En matière judiciaire, des dérogations au principe de la non représentation furent également introduites. Sous le système des actions de la loi, nous ne relevons encore aucune modification à l'esprit de l'ancien droit civil. Mais avec le système formulaire apparaissent le *cognitor* et le *procurator*.

Le *cognitor* était un mandataire *ad litem* constitué avec des formes solennelles, par conséquent investi officiellement en quelque sorte de la qualité de mandataire. Aussi *l'intentio* de la formule était-elle conçue en son nom, mais la *condemnatio* était toujours rédigée au nom du *dominus litis*, du véritable intéressé. A partir de la *litis contestatio*

(1) *Digeste*, livre II, titre 8.

(2) *Digeste*, livre II, titre 9. De ce texte, se dégage la règle : *Nihil per extraneam personam nobis adquiritur.*

tout se passait au nom du *cognitor*, qui était maître des droits résultant du jugement, sauf recours intervenant ensuite entre lui et son mandant. Toutefois le préteur accorda plus tard au *dominus litis* une action utile lui permettant d'agir directement.

Quant au *procurator*, il n'était autre chose qu'un mandataire *ad litem*, mais aucune forme solennelle n'était exigée pour sa constitution. Aussi, en raison de son caractère moins nettement déterminé, était-ce à lui seul et contre lui seul qu'était donnée *l'actio judicati*. Toutefois, on distingua plus tard le *procurator præsentis*, agissant pour une personne présente, et le *procurator absentis* : et les règles relatives au *cognitor* furent appliquées au *procurator præsentis*.

Enfin, en ce qui concerne les obligations, les progrès du droit furent beaucoup plus lents : et cela à raison du caractère personnel du lien créé par l'obligation. Le point de départ des réformes du préteur fut l'introduction des actions *exercitoria* et *institoria*.

Un armateur, *exercitor*, délègue son fils ou son esclave pour conclure sur mer des opérations commerciales ; le principe de la non représentation, dans toute sa rigueur, devait donc conduire à ceci : que les tiers qui avaient traité avec le fils de famille ou l'esclave devaient acquérir des droits contre ces derniers seuls, en ce qui concerne les opérations qu'ils avaient conclues avec eux. Cependant des raisons d'ordre pratique amenèrent le préteur à donner aux tiers une action, l'action *exercitoria* contre *l'exercitor* lui-même.

Quant à *l'institor*, c'était un fils de famille ou un esclave qui, lui aussi, était préposé par le *pater* ou le *dominus* à un commerce quelconque ; le préteur donna aux tiers qui avaient traité avec lui une action, l'action *institoria*, contre le préposant.

Le préteur entamait ainsi dans une large mesure les principes du droit civil ; mais, poussant plus loin ses réformes, il étendit ses dispositions à d'autres cas présentant avec ceux-ci quelques analogies. Dans ces deux hypothèses que nous venons d'examiner, le préposé, c'est-à-dire le fils de famille ou l'esclave sont des personnes *alieni juris,* placées par conséquence sous la puissance d'autrui. Mais, à l'égard des *personæ liberæ* qui jouaient le rôle de préposés, le principe ancien de la non représentation complète n'était nullement atteint par les innovations prétoriennes.

Toutefois, la nouvelle réforme ne tarda pas à s'introduire encore dans cette dernière hypothèse, apportant ainsi une solution analogue dans tous les cas. Frappé des ressemblances entre les opérations de l'institor et celles du mandataire, Papinien accorda aux tiers devenus créanciers du mandataire une action contre le mandant lui-même (1) : *l'actio utilis ad exemplum institoriæ actionis.* Les tiers devenaient donc créanciers directs du mandant, mais ce dernier ne pouvait, de l'avis de Papinien, agir contre les tiers qu'autant que le mandataire consentait à lui céder ses actions. Ulpien, combla la lacune en donnant au mandant une action utile contre les tiers.

Après de telles réformes, le principe de la non représentation tel que l'avait formulé le droit civil primitif était donc considérablement entamé. Mais peut-on dire que les Romains ont admis la représentation ? Non, la représentation, au sens exact du mot, telle que nous la définirons et l'exposerons, n'a jamais fonctionné à Rome. Le représentant, nous le verrons plus tard, ne doit être, au

(1) *Digeste*, livre III, titre 5, loi 31.

point de vue des effets de l'acte qu'il conclut, qu'un pur intermédiaire qui disparaît une fois le lien juridique établi. Or ce n'est pas le cas du représentant romain. D'après les principes romains, en effet, les tiers qui ont traité avec le mandataire peuvent toujours, s'ils le préfèrent, poursuivre leur co-contractant par préférence au mandant, et le mandataire peut toujours poursuivre les tiers tant que le mandant n'a pas encore agi (1).

Cette théorie n'est donc pas, comme on le voit, celle de la représentation telle que nous l'entendons et la comprenons dans notre droit moderne; et, se plaçant à ce point de vue, il est donc exact de dire que les Romains n'ont pas connu la représentation.

Si nous passons à notre législation coutumière, nous constatons aussi que de longtemps la représentation ne fut pas admise. Celui qui traitait pour autrui ressentait d'abord lui-même les effets de l'acte, qui reposaient un instant sur sa tête, et n'étaient transmis que dans la suite au véritable intéressé. C'est là ce que certains auteurs ont appelé la représentation complète ou médiate (2), mais nous verrons plus loin qu'il ne faut pas voir, dans une opération semblable, l'idée d'une représentation véritable.

Ce n'est qu'au XV^e^ siècle, sous l'influence du droit canon, que s'est développé et a été admis le principe de la représentation.

A dater de cette époque, le représentant fut considéré comme jouant un rôle en quelque sorte subsidiaire et devant disparaître, une fois l'acte conclu. Seul, le représenté

---

(1) Guillouard. *Du Mandat*. Ortolan.

(2) Goudsmit. *Théorie des Pandectes*, t. I.

recueillait, directement et immédiatement, les effets de l'acte de celui qui parlait pour lui et devenait seul créancier ou débiteur du tiers.

De là, la représentation est passée dans notre droit moderne, qui l'a consacrée d'une façon définitive, et s'est développée, depuis, dans de grandes proportions.

CHAPITRE PREMIER

NATURE JURIDIQUE DE LA REPRÉSENTATION

Section I

Avant d'aborder l'étude d'une institution juridique quelconque, il est nécessaire d'avoir de cette institution une connaissance exacte, une notion bien délinie. Déjà, dans les quelques explications générales et le court historique que nous avons donnés de la représentation, nous avons sommairement expliqué quels en étaient le but et le mécanisme; mais, avant d'entrer dans une étude plus approfondie du sujet, il convient d'en mieux préciser le sens, d'en donner une définition plus complète, plus juridique.

Nous nous poserons donc la question suivante : Quel est le véritable caractère, la véritable nature juridique de la représentation? Comment expliquer juridiquement qu'une personne étrangère, du moins en apparence, à la conclusion d'un acte puisse en recueillir les fruits ou doive en subir les conséquences (1).

De longues discussions se sont élevées à ce sujet et de

(1) Cette question présente surtout un intérêt théorique; toutefois, le côté pratique apparaît dans beaucoup de cas, comme nous le verrons dans le cours de notre étude, notamment en examinant la capacité des parties (conditions de la représentation).

nombreuses opinions ont été émises dans les détails desquelles nous n'entrerons pas ; nous nous bornerons à en signaler les principales et indiquer les points que nous réfutons.

La théorie qui nous paraît la plus conforme à la notion qu'on peut se faire de la représentation et qui, en même temps, semble le mieux s'adapter aux diverses hypothèses possibles, est celle qui fait reposer cette institution sur une idée de fiction. C'est là, du reste, le système de la majorité des auteurs français.

D'après cette théorie, le représentant, en accomplissant un acte pour autrui, est présumé, censé, déclarer la volonté de celui pour le compte duquel il agit. Tout se ramène donc à une fiction, à une présomption; celui qui parle, qui agit, qui, en un mot, joue le rôle manifeste, n'est, en quelque sorte, qu'un intermédiaire dont la personnalité juridique s'efface, une fois l'acte conclu, et auquel se substitue alors le véritable intéressé, c'est-à-dire le représenté.

Mais il ne faut pas exagérer en ce sens le rôle du représentant et ne voir en lui qu'un porte-paroles, qu'un messager comparable au *nuntius* du droit romain, comme paraît le faire Savigny. Non; le représentant est quelque chose de plus qu'un *nuntius*, qu'un intermédiaire qui se borne à transmettre les ordres reçus. Savigny pourrait, avec quelque vraisemblance peut-être, faire intervenir une telle conception, dans le cas de procuration spéciale, où le représentant a, la plupart du temps, reçu des instructions et des ordres précis ; mais, dans le cas d'une procuration générale ou, mieux encore, d'une gestion d'affaires, sa théorie devient insoutenable. Dans tous ces cas, le représentant a un rôle en quelque sorte personnel à jouer; il a une initiative qu'on ne saurait nier et qui le différen-

cie considérablement du simple messager. De même le tuteur, investi par la loi du mandat de représenter un incapable, joue, lui aussi, un rôle bien personnel ; il a une véritable initiative dans la gestion des biens du mineur, puisqu'il est soumis à une lourde responsabilité.

Si le représentant reste donc un intermédiaire, il est toutefois, dans bien des cas, un intermédiaire actif, prenant à la conclusion de l'acte juridique une part qu'on ne saurait nier, et c'est précisément cette part que nous déterminerons en analysant la représentation elle-même.

Mais il n'est pas, et c'est le point essentiel du débat, le véritable contractant, en ce sens qu'il ne déclare pas une volonté propre, mais bien, comme nous l'avons dit, la volonté présumée du représenté. Et, en cela, nous réfutons les assertions de certains auteurs qui, s'appuyant sur l'article 1998 du Code civil, soutiennent l'opinion contraire. L'article 1998, objecte-t-on, dit que le mandant doit exécuter les engagements contractés par le mandataire ; donc, le mandataire contracte. Or, que signifie contracter? Contracter, c'est concourir par sa volonté à la formation du contrat ; donc, conclut-on, le mandataire déclare une volonté, et une volonté propre, sienne, puisqu'il contracte.

Une telle objection paraît, tout d'abord, irréfutable, si on accepte la définition du mot *contracté,* de l'article 1998, telle que nous la présentent les auteurs de l'argument que nous venons d'exposer. Mais cette expression a-t-elle, dans le texte qu'on nous oppose, un sens aussi précis? Nous ne le croyons pas; *contracté,* dans l'article 1998, signifie seulement : *pris, promis,* et le législateur a tout simplement voulu dire que le mandant serait tenu d'exécuter les engagements que le mandataire a pris en son nom. Le

mot *contracté* n'a donc pas ici un sens aussi restreint qu'on veut bien le dire, et le remplacer par le mot *promis*, ne dénature en rien, croyons-nous, la véritable portée juridique du texte.

De plus, nous trouvons, à notre tour, dans l'article 1990, un puissant argument en faveur de l'opinion que nous soutenons. Cet article nous dit que les femmes mariées et les mineurs peuvent être mandataires. Or, nous savons que ces personnes sont des incapables ; si donc la loi reconnaît à des incapables le pouvoir d'accepter un mandat, elle reconnaît implicitement, par cela même, que le mandataire ne contracte pas. Sinon, il y aurait contradiction formelle entre deux textes.

Les partisans de l'opinion adverse répondent à cet argument, en nous disant que le mandataire mineur contracte réellement, et déclare, par conséquent, une volonté propre, puisque le mandant est tenu des suites parfois désavantageuses de l'affaire conclue en son nom. Si ces suites sont funestes pour lui, c'est donc qu'elles ne sont pas conformes à ses espérances, et que la volonté déclarée, qui en est la source, n'est pas conforme à la sienne. Donc, concluent-ils, le mineur a fait une déclaration de volonté à lui propre.

Pour répondre à notre tour à cette objection, il convient d'analyser un peu plus profondément le mécanisme de la représentation.

Ecartons, tout d'abord, le cas de procuration spéciale, où les ordres et les instructions donnés étant formels, le rôle du représentant est de beaucoup simplifié ; la déclaration de volonté est, en quelque sorte, déjà faite, et le représentant n'a guère qu'à la reproduire. Mais, dans tous les autres cas, son rôle est un peu plus compliqué, en ce sens qu'il jouit d'une liberté et d'une initiative plus ou moins gran-

des. Que fait donc le représentant, quand il accomplit un acte pour autrui ? Il recherche d'abord dans les quelques indications qui ont pu lui être fournies un point d'appui pour ses actes, il recherche le véritable intérêt de celui dont il fait l'affaire, il essaye de découvrir quelle aurait été sa façon d'agir ; et, quand il a terminé cette sorte d'enquête toute personnelle, il traduit par des actes la détermination qu'il a prise.

Eh bien ! peut-on dire que cette détermination soit réellement son œuvre ? En fait, oui, c'est indubitable, mais en droit ? En droit, non ; en réalité cette déclaration de volonté qui émane de lui n'est pas sienne, parce qu'elle naît d'éléments qui lui sont étrangers, parce qu'elle lui est dictée par des motifs qui ne le concernent pas personnellement, par des intérêts qui ne sont pas les siens. Ce n'est donc, en quelque sorte, qu'un travail d'assimilation que fait le représentant ; ce travail est bien de lui, est bien son œuvre, mais la substance, le fondement, la matière, n'en sont pas siens.

Nous pouvons donc maintenant réfuter l'objection que nous avons exposée tout à l'heure, à savoir : que le mandataire mineur déclarait bien une volonté propre, puisque le mandant était tenu des suites souvent désavantageuses de l'acte, ce qui démontrait qu'il n'y avait pas identité entre la volonté présumée du représenté et celle qui émanait du représentant. Sans doute, répondrons-nous, le mandant aura à souffrir, dans bien des cas, de l'inexpérience de son mandataire mineur, mais ces conséquences seront, non le résultat de la déclaration d'une volonté non conforme à la sienne, mais bien plutôt le résultat d'une manifestation, d'une traduction défectueuse de la pensée du mandant, qui aura mal été interprétée, mal rendue par le mandataire. Ces fâcheuses suites proviendront surtout

du défaut de maturité d'esprit de la part du mineur qui aura mal fait ce travail personnel d'assimilation que nous venons d'analyser.

Donc, nous le répétons, le représentant ne déclare pas une volonté propre ; en fait, c'est lui qui parle, qui agit, qui, aux yeux des tiers ignorants, paraît être le véritable intéressé ; mais, en droit, aux yeux de ceux qui sont parties à l'acte, il n'est qu'un intermédiaire ; mais, nous le disons à nouveau, un intermédiaire actif, intelligent, et dont la personnalité n'est nullement indifférente ; nous le verrons, en étudiant les effets des vices du consentement.

Le représentant se substitue donc, en quelque sorte, au représenté, il le remplace auprès des tiers avec lesquels il traite ; en un mot, pour nous servir d'une expression très heureuse de M. Labbé, il endosse sa personnalité.

Enfin, signalons en terminant, une autre explication juridique de la représentation. D'après les partisans de ce système, les volontés du représentant et du représenté concourent toutes deux réellement à la formation de l'acte juridique, mais dans une mesure différente, suivant les cas. Il conviendra donc de rechercher le rôle et l'importance de chacune d'elles, pour apprécier la portée de l'acte.

Un tel système ne nous paraît pas acceptable, parce qu'il pèche par le manque d'unité. Tout d'abord, il ne peut s'appliquer à tous les cas de représentation. Comment, en effet, soutenir que, dans le cas de procuration spéciale, la volonté du représentant prend une part réelle à la formation du contrat, puisqu'elle n'aura pour effet de conduire à la représentation que si elle est exactement conforme à celle du représenté? De même, dans les cas de représentation légale, comment soutenir que la volonté du mineur participe réellement à la conclusion des actes du tuteur?

De plus, à un autre point de vue, à un point de vue purement juridique, une telle opinion nous paraît également critiquable. Supposons un contrat intervenant entre deux personnes, dont l'une agit par représentant; comment règlera-t-on les difficultés s'élevant, soit en ce qui concerne la validité, soit en ce qui concerne les effets de ce contrat? En se rapportant sans doute à l'intention commune des parties, à l'expression de leur volonté. Or, un contrat entre deux personnes est l'accord de deux volontés, mais non de trois; donc, si l'on tient compte simultanément de la volonté du représentant et du représenté et aussi tout naturellement de celle du tiers (et c'est là la conséquence logique du système que nous réfutons), on arrive à dire ceci, que dans ce cas le contrat est l'accord de trois volontés.

Sans doute, dans la représentation, il faut tenir compte de ces trois volontés, car, nous le verrons, elle met en scène trois personnalités différentes, mais seulement au point de vue de la formation du contrat, sous le rapport de savoir s'il y a ou non représentation. Mais, une fois ce point admis, une fois le contrat formé, deux volontés seulement doivent entrer en ligne de compte, et ces deux volontés ne doivent être que les deux volontés exprimées : celle du tiers et celle du représentant.

Mais, répétons-le en concluant, cette volonté que nous appelons : la volonté du représentant, n'est sienne qu'en fait, mais non en droit. En droit, et par le secours de la fiction, elle reste toujours celle du principal intéressé, celle du représenté. Cette dernière se fond, en quelque sorte, avec celle du fondé de pouvoirs, de façon à ne faire qu'un tout homogène, auquel on devra avoir recours au cas de difficultés.

Section II. — Quels actes comportent la représentation ?

En principe, la représentation peut s'appliquer à tous les actes juridiques, à tous les actes qui ont pour objet de créer, de modifier ou d'éteindre un droit, en un mot, à tous les actes qui intéressent l'individu.

Toutefois, cette règle n'est pas absolue et, en disant que la représentation était possible dans tous les cas, nous n'avons fait que formuler un principe général, soumis du reste, comme tout principe, à des exceptions.

Ces exceptions sont de deux sortes : tantôt la représentation sera impossible, tantôt, au contraire, elle sera obligatoire. Etudions successivement ces deux dérogations.

A) *Représentation impossible.* — En parcourant le cercle de nos institutions, nous rencontrons parfois des actes juridiques, qui, en raison de leur nature, de leur caractère, ne sauraient admettre, à aucun titre, l'intervention d'un représentant quelconque. Ce sont des actes où certaines formalités à remplir et surtout certains motifs de considération purement personnelle exigent la participation directe de l'intéressé à leur conclusion. Il en est ainsi pour le testament, le mariage, l'adoption. Dans tous ces cas, il y a plus qu'un intérêt pécuniaire en jeu, un intérêt moral est aussi engagé, pour le respect duquel il semble bon de s'en rapporter à la seule volonté directement exprimée de l'intéressé.

En ce qui concerne le testament, il y a une question d'affection toute particulière, toute personnelle, qui exige, pour être exactement traduite, une précision rigoureuse dans

la déclaration de volonté, et qui, pour cette raison, ne saurait admettre ni influence, ni intervention étrangères.

Pour l'adoption et le mariage, on peut invoquer les mêmes motifs. Ces deux institutions sont, en effet, d'ordre plutôt moral que pécuniaire. Le sentiment qui les dicte est un sentiment où l'amitié et l'affection dominent, et pour l'expression duquel il convient, par conséquent, de laisser la parole aux seuls intéressés.

B). *Représentation forcée.* — Si, dans certains cas, la représentation est impossible, en raison du caractère de l'acte auquel elle est inapplicable, il est, au contraire, des cas où elle est obligatoire, imposée aux parties par la loi elle-même.

C'est en matière judiciaire que nous trouvons cette deuxième dérogation au principe énoncé plus haut. Dans certaines circonstances, les parties qui s'adressent à la justice sont tenues d'avoir recours à certains officiers ministériels que le législateur a créés spécialement dans ce but : à des avoués.

La fonction des avoués est de représenter les parties en justice devant les tribunaux de droit commun. Devant les tribunaux de première instance et les cours d'appel, leur ministère est obligatoire (1).

Devant les tribunaux de commerce (2) et les justices de

---

(1) Exception toutefois est faite pour certains cas : en matière de contributions indirectes, de douanes et d'enregistrement : dans ces cas, les parties ne sont pas tenues de constituer avoué ; il en est de même en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

(2) Auprès des tribunaux de commerce, on rencontre des agréés dont le rôle est de servir de conseils et de représenter les parties en justice, mais leur ministère est simplement facultatif.

Auprès de la Cour de cassation, le rôle des avoués est rempli par les avocats eux-mêmes.

paix, les parties ne sont pas tenues de se faire représenter par un avoué et cela à raison du peu d'intérêt engagé ou de la rapidité avec laquelle doivent être expédiées les affaires qui y sont portées,

Quel est le motif qui a déterminé le législateur à imposer la représentation aux plaideurs dans les cas que nous avons énumérés ?

C'est un motif de protection ; les personnes qui ne sont pas versées dans la connaissance du droit, et c'est là du reste la grande majorité, risqueraient de compromettre le succès de leur cause, si elles s'aventuraient imprudemment et sans guide dans les dédales de la procédure. Aussi la loi les a-t-elle contraintes d'avoir recours à un avoué, qui, au courant des formalités judiciaires, saura faire valoir et garantir les droits et actions de son client.

Etait-ce là une raison suffisante, pour introduire le principe de la représentation forcée ? Le législateur l'a cru, mais peut-être aussi, ne prévoyait-il pas les frais souvent onéreux qu'occasionnerait aux plaideurs une telle protection ? N'eût-il pas été préférable de rendre le ministère des avoués simplement facultatif ?

Donc, toute personne qui aura recours aux tribunaux, sera tenue, dans les cas que nous avons énumérés, de constituer avoué, c'est-à-dire de désigner un de ces officiers ministériels qui la représentera durant le cours du procès. Il intervient donc entre eux une espèce de contrat, aux termes duquel, l'un se charge de faire, pour le compte de l'autre, certains actes déterminés.

Quelle est la nature de ce contrat ? C'est en quelque sorte un mandat, mais un mandat d'une nature toute particulière, qui, à certains points de vue, diffère de celui du Code civil.

Le mandat reçu par l'avoué est un mandat général, en

ce que la procuration donnée, ne prévoit pas spécialement tel ou tel acte à accomplir. Or, l'article 1988 du Code civil nous dit que le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. Si on appliquait ce texte à l'hypothèse qui nous occupe, on devrait donc décider que l'avoué ne peut, lui aussi, faire que des actes d'administration. Or, et c'est là une des différences avec le mandataire ordinaire, l'avoué a des pouvoirs plus étendus; il peut faire des offres, donner des consentements (1).

Au point de vue de la preuve, en ce qui concerne les limites de la procuration, on peut encore relever une différence.

Dans le mandat du droit civil, si le mandant soutient que le mandataire a dépassé les limites de la procuration, c'est aux tiers qui ont traité avec ce dernier à faire la preuve du contraire (2) ; l'avoué est présumé avoir toujours agi dans les limites du mandat, et c'est au plaideur qui soutient le contraire à faire la preuve ; cette preuve ne peut, du reste, être fournie que par une procédure spéciale, la procédure du désaveu. (C. procéd. civ., art. 352 et suiv.)

En somme, l'avoué n'est autre chose qu'un mandataire, dont la situation est, sans doute, quelque peu différente de celle du mandataire de l'article 1998, mais qui, cependant, tout comme lui, a reçu de son mandant mission de le représenter (3). Nous sommes donc ici dans le

---

(1) Voir Garsonnet. — *Traité de procédure civile*, I, *Avoués*.

(2) La non représentation constituant, en effet, une exception, c'est à celui qui en invoque les effets à en administrer la preuve.

(3) Il ne faut pas conclure de là, cependant, que le mandataire représente toujours le mandant, nous verrons, en effet, plus loin, que la représentation n'est pas de l'essence du mandat.

domaine de la représentation, l'avoué n'est autre chose qu'un représentant agissant pour le compte de son client. C'est au nom de ce dernier que seront faits tous les actes de procédure, que sera rendu le jugement, et c'est lui seul qui bénéficiera ou souffrira des conséquences de la sentence judiciaire. L'avoué restera donc toujours un intermédiaire qui se retirera, une fois le jugement rendu, sans pouvoir s'approprier, en quoi que ce soit, les effets des actes qu'il a accomplis pour autrui.

Voyons maintenant de qui l'avoué tient son pouvoir ? Il le tient à la fois et de la loi et de son client. De la loi, puisqu'il a reçu d'elle mission de représenter les plaideurs ; et de son client, par la procuration qu'il a reçue de lui. Mais nous sommes ici dans un cas de représentation légale, puisque le législateur nous l'impose.

La procuration reçue par l'avoué est, nous l'avons dit, une procuration générale ; sans doute, elle est limitée à une affaire déterminée, mais elle conserve, néanmoins, son caractère de généralité, puisqu'elle ne précise point les actes à accomplir.

L'avoué peut donc être, à ce point de vue, assimilé au tuteur. Comme lui, il aide un incapable et le législateur, en lui attribuant des pouvoirs spéciaux, a voulu compléter la capacité juridique du plaideur, en contraignant ce dernier à avoir recours à un représentant.

Nous en aurions terminé avec l'étude de cette question, s'il ne nous restait à signaler une règle fort ancienne qui paraît être en contradiction formelle avec le principe que nous venons d'étudier. Cette règle est ainsi formulée : *Nul ne plaide en France par procureur, hormis le roi* (1).

(1) On n'est pas bien fixé sur la date de l'introduction de cet adage dans notre ancien droit. Certains la placent au XIII[e] ou

Elle paraît donc être l'expression d'une législation absolument différente de celle de nos codes, puisqu'elle prohibe la représentation en matière judiciaire. Et cependant (c'est du reste en cela que réside l'intérêt de la question), cette règle s'est maintenue de nos jours et son application, nous le verrons, en a été mentionnée dans plusieurs arrêts de jurisprudence.

Cette règle a donc revêtu, dans notre droit moderne, un sens nouveau, qu'il convient d'étudier et de rapprocher de l'ancien.

Mais, tout d'abord, quel en est le sens primitif ?

Il faut, en premier lieu, rappeler que, dans notre ancien droit, la représentation en justice n'était pas de règle et que les parties qui avaient recours aux tribunaux devaient se présenter en personne devant les juges ; exception, toutefois, était faite pour le roi, au nom duquel la justice était rendue. De bonne heure, cependant, de nombreuses exceptions furent introduites, si bien qu'au XIV[e] siècle, seul le demandeur restait sous le coup de la prohibition. Mais il pouvait s'y soustraire en sollicitant une autorisation royale qui lui était accordée par lettres de grâce, moyennant le paiement de certains droits.

Voilà donc quel était, à cette époque, le sens de cette règle. Le demandeur en justice ne pouvait pas se munir d'un procureur, sauf autorisation du roi.

Mais cette autorisation royale disparut, elle aussi, avec les lettres de grâce et, désormais, tout plaideur put se choisir librement un mandataire *ad litem*, sans avoir de formalités à remplir. Il semblerait donc qu'à partir de ce moment, la vieille formule eût dû disparaître, surtout avec

---

XIV[e] siècle. Voir Spiridès, thèse sur la règle : *Nul ne plaide, etc...*

l'introduction dans notre droit moderne du principe tout opposé de la représentation forcée.

Cependant cette règle s'est encore maintenue (1) dans notre législation, mais, bien entendu, avec un sens nouveau. Quel est donc ce sens ?

Cette règle signifie, aujourd'hui, que celui qui plaide pour le compte d'un autre ne doit jamais faire le procès sien, qu'il doit toujours agir pour le compte et au nom de son mandataire. Les poursuites doivent avoir lieu sous la direction, au profit et sous la responsabilité du maître de l'action. C'est lui seul qui est le maître de l'affaire, et c'est lui seul qui doit être mêlé aux débats.

Donc, la règle : « Nul ne plaide en France par procureur » ne signifie pas qu'on ne peut pas plaider par procureur, mais bien que celui qui a reçu procuration de défendre ou de faire valoir les droits d'un autre doit toujours agir au nom de ce dernier ; de telle sorte que c'est le véritable intéressé, le représenté, qui reste toujours, aux yeux de tous, le véritable maître de l'affaire.

Toutefois, tous les auteurs ne sont pas d'accord sur le sens précis de cette règle.

Deux opinions différentes ont été soutenues :

a) D'après la première, il ne serait pas nécessaire que les actes de procédure soient fait au nom du mandant, ils pourraient être faits valablement au nom du mandataire, à condition que ce dernier dénonçât ses qualités.

Il serait donc indifférent, d'après les partisans de cette opinion, qu'un exploit soit donné à la requête du mandataire

(1) V. Cour d'appel de Nimes, 23 décembre 1830 ; S. 1831-2-225. Attendu que la règle : Nul ne plaide, etc. ., n'est point tombée en désuétude...

avec indication de la qualité de ce dernier, ou à la requête du mandant.

b) D'après la deuxième opinion, tous les actes de procédure doivent être faits au nom du mandant, c'est contre lui que les jugements doivent être rendus et le mandataire ne peut, en aucun cas, se substituer à lui.

De ces deux opinions, la deuxième a prévalu.

Admise par la majorité des auteurs, elle a été également confirmée par de nombreux arrêts (1).

Toutefois, cette règle, prise dans son sens moderne, ne reçoit son application que dans le cas de mandat conventionnel, elle est sans effet dans l'hypothèse du mandat légal ou judiciaire (2). C'est ainsi que le tuteur, le liquidateur d'une société commerciale peuvent exercer, en qualité de représentants, les droits et actions de ceux qu'ils représentent.

---

(1) Nimes, 23 décembre 1830 : « Attendu que... le mandataire, malgré sa constitution légale et la volonté la mieux exprimée de son mandant, ne peut substituer son action à celle de ce dernier qu'il faut toujours que les parties agissent en leur nom personnel et que ce soit toujours contre elles que les jugements soient rendus. » Sirey 1831-2-225.

(2) Aix, 5 avril 1832 ; S. 1835-2-22. « Considérant que la maxime : « Nul ne plaide, etc. », ne s'applique qu'au mandat conventionnel et nullement au mandat légal, qu'il est hors de doute que le liquidateur d'une société commerciale a droit et qualité pour poursuivre toutes les actions de la société, que c'est au nom seul du liquidateur, que les actions peuvent être formées... »

CHAPITRE II

CONDITIONS DE LA REPRÉSENTATION

Après avoir analysé la représentation et expliqué quel en est le véritable caractère, la véritable nature juridique, il convient de rechercher quelles sont les règles qui la régissent, les conditions auxquelles son fonctionnement est subordonné.

Ces conditions peuvent être ramenées à trois :

a) Il faut que les parties aient la capacité requise pour pouvoir jouer les rôles respectifs de représentant et de représenté.

b) Il faut, en second lieu, qu'il y ait dans la confection de l'acte juridique ou dans l'attitude des parties quelque marque extérieure et manifeste qui révèle aux tiers qu'ils ont affaire à un représentant.

c) Il faut, enfin, que le représentant ait reçu le pouvoir de représenter.

Nous allons successivement étudier chacune de ces trois conditions.

Section I. — Capacité des parties

La représentation met en scène trois personnes différentes : le représentant, le représenté et le tiers. Nous n'aurons ici à nous occuper que des deux premiers ; le

tiers, agissant pour son propre compte, reste, en ce qui concerne les règles relatives à la capacité, soumis aux principes de droit commun.

a) Représentant. — La loi ne formulant aucune prohibition à ce sujet, il faut en conclure que toute personne capable peut être représentant. Quant aux incapables, nous avons un texte : L'article 1990 C. civ. accorde aux femmes et aux mineurs émancipés le pouvoir d'exécuter un mandat. Doit-on étendre ce texte à tous les autres incapables ou ne voir en lui qu'une exception devant recevoir une interprétation restrictive ? Les auteurs sont presque unanimes pour adopter l'interprétation extensive et décider, par conséquent, que tout incapable peut valablement jouer le rôle de mandataire.

Aucune raison sérieuse ne s'oppose, en effet, à la généralisation de l'article 1990, qui, du reste, est parfaitement conforme à la conception de la représentation telle que nous l'avons exposée. Le mandataire, en effet, nous l'avons dit plus haut, ne contracte pas en réalité ; le véritable contractant, en droit, c'est le représenté. L'incapable peut donc remplir un mandat (1).

Quant aux personnes morales, peuvent-elles représenter ? Pour le moment, nous ne répondrons pas à la question, nous réservant de l'examiner en étudiant le point de savoir si les administrateurs des personnes morales sont ou non de véritables représentants. Ces deux questions sont liées l'une à l'autre.

En effet, si les personnes morales peuvent agir par

---

(1) Voir en ce sens : Laurent, *Du mandat*. Tout incapable peut donc être mandataire par la raison que ce n'est pas le mandataire qui contracte, mais bien le mandant.

elles-mêmes, elles peuvent représenter, elles ne le peuvent pas dans le cas contraire.

b) Représenté. — Toutes personnes peuvent se faire représenter, mais leur capacité diffère suivant les cas.

En matière de représentation légale, le représenté est, généralement, un incapable et peut-être même un individu dépourvu de toute raison. Aucune condition de capacité n'est donc ici exigée ; du reste, c'est pour remédier à l'impossibilité d'agir de l'incapable que le législateur l'a pourvu d'un représentant.

Dans la représentation conventionnelle, au contraire, la solution est toute différente. D'après notre conception de la représentation, le représenté étant présumé agir lui-même, il faudra donc exiger de lui la même capacité que s'il voulait agir en personne. On peut donc poser comme principe que le représenté doit être capable d'accomplir, par lui-même, les actes mentionnés dans la procuration qu'il adresse à autrui.

Quant aux personnes morales, la question doit être présentée sous une forme différente.

Une personne morale est un être collectif, qui ne peut, par conséquent, comme le peut tout être physique, exprimer directement sa propre volonté. Mais cette volonté, elle l'exprime par l'intermédiaire de certaines personnes que l'on désigne sous le nom d'administrateurs. Eh bien, ces administrateurs sont-ils ou non de véritables représentants ? Si on admet l'affirmative, on reconnaît l'impossibilité, pour la personne morale, d'agir directement elle-même et par elle-même, et, comme corollaire, la nécessité de se faire représenter.

Plusieurs opinions ont été émises sur ce point. La conception la plus ancienne et qui, aujourd'hui encore, réunit

bon nombre de partisans, est celle qui décide que les administrateurs ne sont et ne peuvent être que de véritables représentants.

Pour ceux qui se rattachent à ce système, la personne morale est un être fictif, incapable de vouloir par elle-même et ne voulant que par ses administrateurs. Ces derniers agissent pour elle, leurs actes se produisent immédiatement et directement dans son patrimoine ; en un mot, ils la représentent.

Cette opinion fut, jusqu'à ces dernières années, admise par la presque unanimité des auteurs.

Cependant, une conception nouvelle et toute différente vient de prendre naissance et de se développer en Allemagne. Cette nouvelle théorie ne considère pas les administrateurs des personnes morales comme de véritables représentants.

La personne morale, dit-elle, est un être collectif, réel, ayant une volonté propre, comme toute personne physique. Mais comment exprimer cette volonté ? Elle ne le peut qu'à l'aide de certaines personnes, d'administrateurs, qui parlent pour elle. Mais ces personnes-là ne sont pas des représentants. Représenter, c'est agir pour le compte d'autrui, c'est supposer que celui qui fait l'affaire d'un autre, a, en qualité de représentant, une personnalité distincte.

Or, ce n'est pas ici le cas, c'est la personne morale elle-même qui veut, qui agit, c'est sa propre volonté qui est manifestée par elle-même ; et ses administrateurs n'en sont que ses organes.

A laquelle de ces deux théories devons-nous nous rattacher ?

Nous ne les accepterons intégralement ni l'une ni l'au-

tre, quoique cependant, au point de vue qui nous occupe ici, nous nous rattachions à la première.

La personne morale, nous disent les partisans de la vieille doctrine, est un être fictif, incapable de vouloir par lui-même.

Une telle définition ne nous paraît pas acceptable, et cette idée est, du reste, combattue de nos jours par beaucoup d'auteurs. Il y a, en effet, aujourd'hui, une tendance marquée à considérer la personne morale comme ayant une volonté propre, une volonté réelle, et à rejeter, comme conséquence, toute intervention de l'idée de fiction.

Mais nous nous séparerons des partisans du second système en ce qui concerne le point de savoir si les administrateurs sont de véritables représentants.

Les administrateurs, disent-ils, ne sont que des organes ; or, c'est là, semble-t-il, leur faire jouer un rôle bien médiocre. Ils sont certainement quelque chose de plus. Un organe n'est qu'un instrument en quelque sorte passif, dont le rôle est de traduire au dehors la pensée de l'individu. Un être physique exprime sa pensée par son organe, mais c'est lui qui la crée, la forme, l'élabore ; et l'organe ne fait plus alors que le travail matériel de la traduction.

Or, l'administrateur joue, semble-t-il, un rôle un peu plus actif, un peu plus intelligent. Sans doute, cette déclaration de volonté, qu'il manifeste pour le compte de la personne morale, n'est pas son œuvre propre, ce n'est pas lui qui la crée, les éléments qui la composent lui sont, en effet, étrangers ; mais elle est cependant un peu son travail, car c'est lui qui la compose, la rédige et la transmet enfin. Aussi, ne pouvons-nous, pour cette raison, admettre une pareille comparaison.

Il nous paraît, au contraire, plus exact de voir dans

l'administrateur d'une personne morale un véritable représentant. Sans doute, avons-nous dit, la personne morale a une existence réelle, elle exprime une volonté réelle aussi ; mais il y a une raison qui s'oppose à ce que cette volonté puisse être exprimée directement : c'est une impossibilité matérielle (1). La personne morale ne peut parler elle-même, elle ne peut agir comme un être physique, il faut qu'elle soit secondée par une intervention étrangère qui sera : un administrateur.

Et cet administrateur, n'étant pas un simple organe, sera donc un représentant. De plus, une telle solution est conforme à notre notion de la représentation. En montrant le rôle de l'administrateur, nous avons vu qu'il était identique à celui que joue le représentant. Tous deux concluent des actes qui ne les intéressent pas personnellement, puisque les effets se produisent directement et immédiatement dans le patrimoine de ceux pour le compte desquels ils agissent. Ils déclarent donc, non leur propre volonté, mais bien la volonté présumée d'autrui ; leur personnalité est absolument distincte de ceux qu'ils représentent, puisqu'ils ne s'engagent pas eux-mêmes.

Agissant donc pour le compte d'autrui, ils méritent à tous points de vue la qualification de représentants.

Mais, nous le répétons, nous n'admettons pas entièrement les explications qui nous sont fournies par les

---

(1) Certains auteurs ont voulu comparer l'administrateur de la personne morale au tuteur. Tous deux, disaient-ils, complètent la capacité juridique de ceux qu'ils représentent. Une telle assimilation n'est cependant pas exacte. Sans doute, tous deux complètent une personnalité juridique, mais leurs fonctions reposent sur des bases différentes. Le tuteur supplée à une incapacité juridique, l'administrateur supplée à une impossibilité de fait.

auteurs de la première opinion. La personne morale est un être collectif, réel, capable de vouloir par lui-même, mais en fait incapable de pouvoir transmettre sa volonté ; et c'est son administrateur qui supplée à son incapacité en la représentant.

En étudiant la capacité du représentant, nous avons simplement posé la question de savoir si la personne morale pouvait représenter une autre personne soit physique, soit morale. Nous répondrons donc, maintenant, qu'elle ne le peut, toujours pour la même raison qu'elle ne peut agir elle-même, par suite d'une impossibilité matérielle.

Section II. — Caractère distinctif de la représentation

Il faut, en second lieu, qu'il y ait, dans l'attitude des parties ou dans la nature juridique de l'acte, quelque marque caractéristique qui révèle la représentation.

Quelle sera cette marque distinctive ? Quel sera, en un mot, le criterium de la représentation ? Sera-ce à la rédaction de l'acte, à sa nature, ou bien seulement à l'intention des parties, qu'il faudra se reporter?

En d'autres termes et d'une façon moins abstraite, pour bien préciser l'étendue du débat et la portée de la question, est-il nécessaire que le représentant agisse au nom du représenté ? Une telle condition est-elle de l'essence même de la représentation ?

Nous signalerons, ici, trois opinions différentes :

a) La première que nous exposerons et la plus ancienne est celle de la doctrine française, celle qui, même encore aujourd'hui, est admise par presque tous nos auteurs.

Les partisans de cette opinion exigent, comme condition

essentielle, comme fondement même de la représentation, que le représentant fasse sa déclaration de volonté au nom du représenté.

Le représentant, d'après eux, ne peut obliger celui dont il a reçu procuration qu'autant qu'il parle au nom de ce dernier. Et tout acte fait en dehors de cette condition n'oblige que celui qui a parlé. « Les actes, nous disent MM. Aubry et Rau, faits par le mandataire en son nom, quoique pour l'exécution du mandat, sont, par eux-mêmes, étrangers au mandant » (1).

Et, par conséquent, ce dernier ne sera nullement lié vis-à-vis des tiers, pas plus que ceux-ci ne le seront vis-à-vis de lui. Et pareille solution est admise, *a fortiori*, dans le cas de gestion d'affaires, où le maître ignore le plus souvent la gestion.

En vertu des mêmes principes, les partisans de cette opinion refusent de voir une véritable représentation dans le cas de mandat constitué sous forme de prête-nom. Pour eux, seul le mandataire s'oblige vis-à-vis des tiers avec lesquels il traite, puisqu'il parle toujours en son nom personnel.

« Vis-à-vis de ces derniers, nous dit M. Guillouard, au chapitre du *Mandat*, il est le véritable maître de l'affaire, seul créancier ou débiteur personnel » (2).

Enfin, cette opinion s'appuie sur de nombreux textes qui paraissent exiger, d'une façon très nette, que la déclaration de volonté soit faite du nom du représenté.

---

(1) Aubry et Rau, t. IV, *Du mandat*.

(2) Voir également, en ce sens, Laurent, t. IV, *Du mandat ;* Aubry et Rau, qui refusent d'admettre l'effet direct et immédiat de la représentation entre le mandant et les tiers. De plus, la jurisprudence est en ce sens. Voir S. 1864-1-105.

Tout d'abord, l'article 1984, qui définit le mandat ou procuration (semblant établir ainsi une confusion entre deux choses bien distinctes, nous le verrons plus loin), nous dit expressément que le mandataire doit agir au nom du mandant.

L'article 1375, qui prévoit le cas de gestion d'affaires, exige aussi que l'opération ait été faite au nom du maître de l'affaire pour que celui-ci soit obligé. L'article 94 du Code de commerce, qui nous parle du commissionnaire, nous dit également que ce dernier n'engage le commettant vis-à-vis des tiers qu'autant qu'il a traité au nom de celui qu'il représente. Enfin, l'article 1119 du Code civil, qui prévoit le cas du contrat pour autrui (1), nous dit : « On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même ». Donc, peut-on conclure, si on veut s'engager pour autrui ou, plus exactement, engager autrui, il faut parler au nom de ce dernier.

Enfin, cette opinion s'appuie également sur la jurisprudence qui paraît être en ce sens (2).

b) Une deuxième opinion est celle de certains auteurs allemands qui présentent un système fort original, mais qui pèche par la base même, n'étant pas absolument conforme à la notion juridique de la représentation. De plus, ce système tourne la difficulté plutôt qu'il ne la résout, en ce sens qu'il ne répond pas directement à la question.

---

(1) Toutefois, il convient de ne pas donner à l'argument tiré de ce texte une force et une portée qu'il n'a pas. Nous verrons, en effet, que contrat pour autrui et contrat par représentation sont deux choses absolument distinctes, mais qui, cependant, dans quelques cas, se rapprochent assez l'une de l'autre.

(2) S. 1864-1-105 : *Arrêt relatif au cas de mandat constitué sous forme de prête-nom.* — Dalloz. *Supplément*, 1892 : Mandat.

Les partisans de cette opinion nous présentent deux sortes de représentation : parfaite et imparfaite ; parfaite, quand le représentant parle au nom de celui dont il a reçu procuration ; imparfaite, quand il parle en son propre nom.

Dans le premier cas, les effets de l'acte se produisent directement et immédiatement dans le patrimoine du représenté ; dans le second cas, ces effets ne se produisent plus que médiatement et indirectement, ils reposent un instant sur la tête du représentant.

Un tel système pèche par sa base même, avons-nous dit ; et cela, parce qu'il dédouble une institution qui doit avoir un caractère d'unité. La représentation est, en effet, une opération qui doit avoir des règles fixes et précises, des conditions et des effets uniques. Du reste, il ne peut y avoir qu'une seule définition de la représentation : opération, avons-nous dit, par laquelle une personne appelée *représentant* agit pour le compte d'une autre appelée *représenté* et dont les effets sont de faire souffrir ou bénéficier, immédiatement et directement, ce dernier des conséquences qui en résultent. Immédiatement et directement, c'est-à-dire sans l'intermédiaire de personne, sans qu'un autre puisse, un seul instant, en profiter. Eh bien ! peut-on dire que la représentation imparfaite des auteurs allemands comporte une pareille définition ? Assurément non, puisqu'elle ne fait rejaillir les effets de l'acte sur le représenté qu'après les avoir fait un instant reposer sur la tête du représentant.

La représentation imparfaite est donc plutôt une action complexe, qui peut s'analyser en deux opérations différentes : d'une part, procuration donnée par une personne à une autre de faire telle ou telle opération pour son compte et en son nom ; d'autre part, contrat intervenant entre le représentant et le tiers.

Mais ces deux opérations produiront des effets respectifs, des effets distincts, et ne se fondront pas en un tout, comme l'exigerait cependant la représentation.

Nous devons donc rejeter un tel système qui, nous le répétons, n'est pas en harmonie avec la notion juridique de la représentation.

c) Enfin, la dernière opinion que nous avons à signaler est celle qui contredit exactement la première : qui n'exige pas que le représentant agisse au nom du représenté.

Les partisans de ce système prétendent qu'il est nécessaire et suffisant, pour que les effets de la représentation se produisent, que le tiers ait la connaissance, par un moyen quelconque, de la qualité de représentant de celui avec lequel il traite. La représentation, disent-ils, met en scène trois personnes et exige pour sa perfection une identité d'intentions entre eux ; or, il n'est pas nécessaire pour que cette identité se produise que la déclaration de volonté ait été faite au nom du représenté. Il suffit que le tiers ait eu connaissance du véritable but que voulait atteindre le représentant et cette connaissance, il pourra l'avoir par une foule de moyens.

Mais comment saura-t-on que le tiers a eu connaissance de la véritable qualité de celui avec lequel il a traité et qu'il a, par conséquent, eu, lui aussi, l'intention d'obliger le représenté ou de s'obliger vis-à-vis de lui ?

Il faudra le prouver, or, en cas de difficultés, à qui incombera la preuve ?

La représentation, constituant un phénomène anormal, on doit toujours présumer que les parties contractantes ont seules entendu s'obliger ; donc, si l'une d'elles vient prétendre le contraire, ce sera à elle qu'incombera la preuve.

Voilà, exposée en quelques mots, cette opinion qui, comme on le voit, donne à la représentation un caractère

différent de celui qu'elle avait avec la vieille doctrine.

Quant aux arguments de texte que leurs adversaires ont puisés dans les codes, les partisans de cette idée y répondent, assez faiblement du reste, en déclarant que ces textes n'ont pas une portée générale, mais statuent seulement *de eo quod plerumque fit.*

Mais ils invoquent, à leur tour, l'article 1156 du Code civil, qui nous dit : que, dans les conventions, on doit rechercher quelle a été l'intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

Or, il arrivera souvent que, dans la confection d'un acte juridique fait par représentant, il ne sera quelquefois pas fait allusion à la personnalité du représenté, alors que les parties auront eu la commune intention de faire intervenir ce dernier au contrat. Alors, semble-t-il, la disposition de l'article 1156 doit recevoir son application et les effets de la représentation se produire.

Enfin, les partisans de cette opinion s'appuient encore sur deux arrêts de jurisprudence, que nous examinerons et discuterons tout à l'heure en étudiant la valeur juridique des divers arguments.

Voilà, exposées en quelques lignes, les trois opinions qui sont émises sur ce point. A laquelle des trois devons-nous nous rallier ?

Tout d'abord, il convient d'éliminer la seconde, qui distingue deux sortes de représentation ; nous avons montré qu'elle n'était point conforme à la notion juridique de la représentation et qu'elle tournait plutôt la difficulté qu'elle ne la résolvait.

La discussion se trouve donc circonscrite entre la première et la troisième.

En faveur de l'une et de l'autre, on peut invoquer, comme nous l'avons vu, de nombreux arguments.

Pour la première, celle qui est suivie par la majorité de nos auteurs, de nombreux textes établissent, d'une façon formelle, la condition que d'autres rejettent.

Quant à la réponse qui est faite à cet argument, à savoir : que la loi a simplement statué *de eo quod plerumque fit*, il faut reconnaître qu'elle ne constitue pas une bien sérieuse objection.

De plus, on peut également, à l'appui de cette opinion, invoquer l'article 1165 C. civ., qui nous dit que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Sans doute, dans les actes faits par représentation, le représenté n'intervient jamais en personne dans la conclusion de l'acte et, à ce titre, ne serait donc pas contractant ; mais il y intervient et prend cette qualité, quand il est désigné, quand celui qui traite traite en son nom. Dans le cas contraire, il reste véritablement étranger à l'acte et, d'après l'article 1165, ne peut en recueillir les effets.

En ce qui concerne la troisième opinion, les arguments qu'elle fournit, nous paraissent bien moins précis et reposent, pour la plupart, sur une interprétation sinon fausse, tout au moins inexacte, soit d'un texte, soit d'un arrêt.

Tout d'abord, nous disent ses partisans, on doit, dans une convention, rechercher surtout l'intention des parties contractantes. Il convient de remarquer que ce texte se trouve placé dans une section intitulée : De l'interprétation des conventions. Or, dans ces quelques articles, le législateur a plutôt eu l'intention de donner au juge quelques conseils, de lui dicter, en quelque sorte, une ligne de conduite, que de formuler aux contractants des règles précises.

De plus, ce texte constitue un principe général, puisqu'il s'étend à toutes les conventions ; il ne peut donc

intervenir qu'autant que son application ne saurait en être contrariée par quelque règle relative à un cas particulier. Or, les articles 1984 et autres prévoient le cas spécial d'une personne agissant pour le compte d'une autre et exigent formellement que l'acte soit fait au nom du représenté. Il est donc bien certain ici que le législateur a entendu exiger cette condition et que l'intention des parties ne saurait, en aucune façon, y suppléer.

Au point de vue pratique, l'admission d'un pareil principe, en matière de représentation, présente aussi de bien grands inconvénients. Après nous avoir dit qu'il suffisait que le tiers ait eu connaissance de la véritable qualité du représentant, les auteurs de ce système en arrivent au moyen de la preuve. Comment saura-t-on que le tiers a su se trouver en face d'une personne agissant pour le compte d'autrui ? Par la preuve, disent-ils. Sans doute, mais bien grandes seront alors les difficultés. Comment, en effet, prouver qu'une personne a eu telle où telle connaissance et telle ou telle intention ?

Ce sera là, certes, une preuve bien dure à fournir, dans tous les cas, pleine de dangers et présentant des ennuis bien grands pour celui à la charge duquel elle incombera. La plupart du temps, en effet, la preuve testimoniale constitue le principal moyen ; or, les opérations étant de nos jours assez importantes, on ne pourra la fournir que dans peu de cas, vu le chiffre de l'intérêt souvent en jeu.

Comme on le voit, un tel système n'est guère admissible, présentant dans la pratique trop de difficultés.

Enfin, nous dit-on en faveur de cette opinion, la jurisprudence est en ce sens : et on nous cite deux arrêts :

Le premier est un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 9 octobre 1896.

L'hypothèse est la suivante : Un commis voyageur fait

enregistrer ses bagages contenant des échantillons ; survient un accident qui détériore la marchandise. Le patron, pour le compte duquel voyage le commis, actionne la Compagnie des chemins de fer en réparation du préjudice causé. Celle-ci rejette les prétentions du plaignant, alléguant que seul, le commis voyageur a droit à l'indemnité, puisque c'est lui seul qui, en son nom, a fait enregistrer les bagages.

Le Tribunal de commerce donne satisfaction au patron du commis voyageur, et condamne la Compagnie à lui payer une certaine somme à titre d'indemnité, en fondant son jugement sur cette idée : que la nature et la forme des caisses endommagées indiquaient suffisamment qu'elles appartenaient à un commis voyageur, c'est-à-dire à un représentant de commerce. La Compagnie ne pouvait donc ignorer, au moment de l'enregistrement des bagages, que celui avec qui elle traitait, n'agissait pas pour son compte (1).

Donc, disent ceux qui invoquent en leur faveur cet arrêt, voilà bien un cas où le représentant a engagé les tiers, c'est-à-dire la Compagnie, vis-à-vis du représenté, sans cependant avoir agi au nom de cette dernière. Sans doute, répondons-nous, les apparences sont telles ; mais, si on examine de près le cas en question, on constate bientôt que la situation n'est pas tout à fait identique.

Tout d'abord, il n'est pas exact de dire que le représentant en question dans le jugement du Tribunal de commerce de la Seine a traité en son nom. Ce représentant était en effet, un commis voyageur ; or, un commis voyageur ne traite pas en son nom, mais bien au nom du patron vis-à-vis duquel il a engagé ses services ; et c'est là

(1) S. 1897-2-149.

ce qui le distingue du commissionnaire, qui peut traiter soit en son nom, soit au nom de son commettant (1). Or la Compagnie, en enregistrant les bagages de ce commis voyageur, dont la qualité ne pouvait être ignorée d'elle, vu, nous dit le jugement, la forme et les signes extérieurs des colis endommagés, savait fort bien que la personne qui lui confiait des marchandises n'agissait pas en son nom.

Sans doute, nous ne trouvons pas ici bien nettement déterminées et en tout cas franchement manifestes les conditions requises pour admettre pareille solution. En effet, une personne agit en son nom quand elle conclut sans spécifier qu'elle entend engager autrui ou engager les tiers vis-à-vis d'autrui. Le commis voyageur qui nous occupe, semble, il est vrai, avoir agi en son nom, puisqu'il n'a rien spécifié du tout; mais en réalité il en est différemment, si l'on tient compte du point que nous avons dégagé : que ce qui caractérisait le commis voyageur, c'était le fait d'agir au nom d'un autre.

Nous pouvons donc maintenant réfuter l'explication de cet arrêt de jurisprudence que nous fournissaient les partisans de l'opinion que nous combattons. Voilà un cas, nous disaient-ils, où un représentant a engagé directement les tiers vis-à-vis de celui qu'il représentait, sans avoir agi au nom de ce dernier. Or, nous venons de le voir, une telle assertion est loin d'être exacte, puisque le représentant en question n'agit pas en son nom. Et la difficulté tranchée par le jugement qui nous occupe, est bien plutôt celle-ci : la Compagnie a-t-elle su ou non qu'elle se trouvait en présence d'un commis voyageur?

---

(1) Ruben de Couder. *Dictionnaire de Droit Commercial :* Commission.

Dans le cas de l'affirmative, elle doit pleinement accepter les effets de la représentation, puisqu'elle ne peut ignorer que son co-contractant a traité au nom d'un autre. C'est en ce sens que s'est prononcé le Tribunal de commerce de la Seine, qui a admis la représentation complète et a condamné la Compagnie.

Le second argument de jurisprudence invoqué par les partisans de la théorie que nous repoussons est un arrêt de la Cour de cassation du 1er décembre 1896 (1). Il s'agit ici d'un individu, qui, par l'intermédiaire d'un commissionnaire, avait expédié des marchandises qui arrivèrent en retard ; le destinataire les refuse, l'expéditeur attaque alors la Compagnie des chemins de fer en paiement de dommages-intérêts. Celle-ci prétend que l'expéditeur n'a pas qualité pour l'assigner, attendu qu'elle n'a pris d'engagement que vis-à-vis du commissionnaire qui lui a livré les marchandises.

Comme on le voit, la situation est à peu près analogue à celle de l'arrêt précédent ; la Cour de cassation admet, ici aussi, la validité de la demande de l'expéditeur.

Mais, et c'est là ce que nous voulons réfuter, ce n'est pas en se basant sur ce que la Compagnie a su qu'elle traitait avec un commissionnaire agissant pour le compte d'autrui qu'elle l'a condamnée. Non, nous sommes ici dans un cas spécial : dans le cas de contrat par transport prévu par le Code de commerce. L'art. 101 nous dit que la lettre de voiture forme contrat entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier. Or, du moment où l'expéditeur est partie au contrat, il est tout logique de lui permettre de se prévaloir des effets qui en découlent. C'est donc en qualité de véritable contractant qu'il a demandé

(1) S. 1897-1-189.

une indemnité que l'article 101 du Code de commerce lui donnait le droit d'obtenir. Et c'est sur cet article que s'est appuyée la Cour de cassation (1) pour faire droit à la demande de l'expéditeur.

Nous avons donc, maintenant, exposé les deux opinions différentes qui ont été émises sur le point qui nous occupe et qui constitue la deuxième condition de la représentation; il ne reste plus qu'à opter pour l'une d'elles.

Pour nous, nous nous rattacherons à la première, à celle de la doctrine française, qui nous paraît reposer sur des bases plus solides et sur une interprétation plus exacte des textes de lois qui se rapportent à la représentation.

Au point de vue purement juridique, d'abord, les textes du Code civil que nous avons cités et l'article 94 du Code de commerce fournissent des arguments précis en sa faveur.

De plus, les nombreux auteurs qui se sont occupés de la question penchent, en grande majorité, vers cette opinion et leur avis doit être, pour l'interprète des actes des parties, un guide précieux.

Enfin, au point de vue pratique aussi, ce système nous paraît préférable ; les nombreuses difficultés que ferait surgir, dans l'application de la preuve, l'admission du système opposé, entraîneraient, en effet, des conséquences trop préjudiciables dans les fréquentes relations civiles et commerciales.

Prouver une intention ou un fait qui ne repose souvent

---

(1) Enfin, nous citerons, à notre tour, un arrêt de jurisprudence qui consacre d'une façon très nette la solution que nous admettons: c'est un arrêt du Tribunal de commerce de Valenciennes qui, dans une hypothèse à peu près analogue à celle des deux arrêts que nous venons de citer, refuse une action au mandant contre la Compagnie des chemins de fer du Nord. (S. 1897-2-147).

que sur de simples présomptions est, dans la plupart des cas, chose difficile et présente trop d'inconvénients pour être d'une utilité pratique.

Aussi, pour ces nombreuses raisons, nous rattacherons-nous à l'ancienne doctrine dont l'idée, que nous avons exposée, peut se résumer dans la formule suivante :

Il sera nécessaire, pour qu'il y ait représentation, que le représentant ait agi au nom du représenté. Cette condition découlera soit des termes mêmes dans lesquels aura été faite la déclaration de volonté émanant du représentant, soit de la qualité de ce dernier, soit enfin de la nature juridique de l'acte accompli.

C'est là, croyons-nous, ce qu'a voulu le législateur. Si sa volonté ne ressort pas clairement de son œuvre, cela tient seulement au défaut de rédaction de notre Code, qui n'a pas organisé un chapitre spécial sur cette nature.

Terminons enfin en signalant la théorie admise dans deux codes civils modernes qui ont comblé la lacune du nôtre.

Le Code civil allemand contient sur ce point une disposition ainsi conçue :

« La déclaration de volonté que l'on fait au nom du représenté dans les limites de son pouvoir de représentation a immédiatement effet pour et contre le représenté. »

Le Code civil italien prévoit, lui aussi, ce cas.

« Lorsque le mandataire agit en son nom, le mandant n'a pas d'action contre ceux avec lesquels le mandataire a contracté et ces derniers n'ont pas d'action contre le mandant. Dans ce cas, le mandataire est directement tenu envers la personne avec laquelle il a contracté comme si l'affaire lui était personnelle » (art. 1744) (1).

---

(1) Ces deux textes peuvent également être invoqués comme arguments à l'appui de l'idée que nous avons soutenue.

Section III

Il faut, en troisième lieu, que le représentant ait reçu le pouvoir de représenter. La représentation exige, en effet, le concours de trois personnes différentes : celui qui agit pour autrui, celui pour le compte duquel l'acte est conclu, et le tiers. Nous venons de nous occuper des rapports entre le représentant et le tiers, occupons-nous maintenant des rapports entre le représentant et le représenté.

La représentation constitue, nous l'avons vu, un phénomène juridique anormal ; chacun ne peut agir que pour soi-même, à moins d'avoir reçu l'autorisation, le pouvoir de traiter pour un autre. Or, c'est précisément de cette autorisation, de ce pouvoir que dérive la représentation ; nous devons donc en étudier et la source et la nature.

Le pouvoir de représenter peut être puisé à deux sources différentes : la loi et la volonté des parties. Dans le premier cas, nous sommes dans le domaine de la représentation légale, prévue et réglée par le législateur ; dans le second, nous rentrons dans le domaine de la représentation conventionnelle, régie et déterminée par la volonté même des parties (1).

Examinons successivement ces deux cas :

---

(1) Il existe aussi une autre espèce de représentation que l'on pourrait qualifier de représentation judiciaire: c'est celle qui émane de la justice ; toutefois, nous la ferons rentrer dans le domaine de la représentation légale. Le juge n'est, en effet, que l'interprète de la loi, et c'est de celle-ci qu'il tient le pouvoir, on peut même dire le mandat, de nommer des représentants dans certains cas.

I. *Pouvoir émanant de la loi.* — Le principe de la représentation légale repose sur l'incapacité du représenté. Ce dernier ne pouvant, à raison de son âge ou d'autres considérations d'ordre spécial, accomplir tout ou partie des actes juridiques de la vie civile, le législateur a suppléé à cet état d'infériorité qui lui était créé en lui désignant une personne chargée de le représenter.

C'est donc de la loi que le représentant tiendra son pouvoir et c'est à elle qu'il faudra avoir recours pour en déterminer la nature et l'étendue.

Nous trouvons, dans notre législation, de nombreux cas de représentation légale :

Les articles 125 et 129 du Code civil, en matière d'absence, accordent à certaines personnes le droit de se faire envoyer en possession provisoire ou définitive des biens des absents ; et par conséquent de les représenter dans une mesure déterminée.

L'article 389 du Code civil donne au père, durant le mariage, l'administration des biens de ses enfants mineurs.

Les tuteurs sont également investis par la loi du soin de représenter les mineurs placés sous leur protection.

L'article 631 du Code civil nomme pour les successions vacantes des curateurs chargés de les administrer.

L'article 1421 du Code civil donne au mari commun en biens le droit d'administrer les biens de la communauté.

En matière de faillite, le jugement déclaratif de faillite enlève au failli l'administration de ses biens, laquelle est confiée à des syndics désignés par le Tribunal.

II. *Pouvoir émanant du représenté.* — Ici, c'est le représenté lui-même qui détermine le mouvement de la représentation, par une manifestation de volonté qui lui est

propre. Et ce sera à cette déclaration de volonté, nous le verrons, qu'il faudra se reporter, pour déterminer et apprécier l'étendue du pouvoir conféré.

A quel moment doit être donné le pouvoir de représenter? Généralement, ce sera avant la conclusion de l'acte accompli par le représentant, ce dernier n'agissant alors qu'en vertu du mandat à lui donné par acte spécial, appelé procuration. Et, dans ce cas, la représentation existera réellement et produira des effets complets et immédiats dans le patrimoine du représenté, à dater du jour même de la conclusion du contrat. Toutefois, le pouvoir de représenter peut être donné postérieurement à la conclusion de l'acte, et dans ce cas, le contrat conclu par le représentant pour le compte du représenté, ne pourra produire ses effets dans le patrimoine de ce dernier que du jour où la ratification, c'est-à-dire l'approbation, en aura été donnée par le véritable intéressé.

Le pouvoir de représenter pourra donc être donné de deux façons :

Soit antérieurement à l'acte du représentant, par déclaration spéciale du représenté, appelée procuration ;

Soit postérieurement, par une acceptation volontaire de la part du représenté, des actes qu'un autre a faits en son nom, sans en avoir reçu préalablement le pouvoir.

Signalons, enfin, un cas particulier de représentation ne reposant ni sur une procuration ni sur une ratification du représenté. C'est le cas prévu par l'article 1375 du Code civil au chapitre des quasi-contrats : c'est la gestion d'affaires. Nous l'examinerons en étudiant le pouvoir de représenter sous forme de ratification (1).

---

(1) Car, nous le verrons, le cas prévu par l'article 1375 n'est qu'un cas spécial d'une catégorie d'actes beaucoup plus générale, où un

Nous allons donc successivement étudier chacune de ces deux sources de la représentation conventionnelle : procuration et ratification.

A) *Procuration.* — La procuration devant faire ici l'objet d'un examen spécial, nous nous poserons donc plusieurs questions pour bien en déterminer la mécanisme, la forme et l'étendue.

Nous aurons donc à rechercher :

Qui peut donner procuration ;

A qui la procuration doit et peut être adressée ;

Dans quelle forme elle doit être donnée ;

Peut-on en opérer le retrait et à quelles conditions ;

Etendue des pouvoirs qu'elle confère.

Mais, tout d'abord, qu'est-ce que la procuration ?

L'article 1984 du Code civil nous en donne la définition suivante : « La procuration ou mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

Cette définition est inexacte parce qu'elle identifie par la conjonction *ou* deux choses qui sont cependant nettement distinctes. Le mandat est, en effet, un contrat intervenant entre deux personnes : mandant et mandataire, et n'ayant une existence juridique bien déterminée qu'autant que ces deux parties ont donné leur consentement. La procuration, au contraire, est un acte émanant d'une partie seule, le représenté, et ayant une existence juridique réelle du jour où elle a été émise. C'est une simple décla-

---

individu traite au nom d'autrui sans avoir reçu de pouvoir. La ratification du représenté est alors nécessaire, et c'est en quelque sorte une dispense de ratification ou plutôt une ratification qui eût été présumée que l'article 1375 édicte dans certains cas déterminés.

ration unilatérale de volonté, qui, pour sa perfection, ne nécessite nullement l'accord de celui auquel elle s'adresse.

Sans doute, dans le premier alinéa de l'article 1984, le mot mandat ne signifie pas contrat, puisque la deuxième partie de ce texte ajoute : « Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire » ; il doit être donc pris ici dans le sens de pollicitation, offre, émanant du mandataire.

Néanmoins, même avec ce dernier sens, il est encore vrai de dire que la définition est inexacte et que la confusion entre le mandat et la procuration constitue une erreur juridique.

En effet, la procuration donne le pouvoir de représenter; le mandat, c'est-à-dire l'offre, la pollicitation du mandataire, ne donne pas toujours ce pouvoir. Le mandataire ne représente pas toujours son mandant (1), nous l'avons vu dans le cas de mandat constitué sous forme de prête-nom.

Nous pouvons dégager maintenant le véritable sens de la procuration, que nous définirons ainsi : déclaration unilatérale de volonté, par laquelle une personne, appelée représenté, donne à une autre, appelée représentant, le pouvoir de faire quelque chose pour la première et en son nom, en un mot, de la représenter.

Qui peut donner procuration ?

Peuvent seuls donner procuration à l'effet de se faire représenter dans un acte juridique ceux qui, par eux-mêmes, sont capables d'accomplir ce même acte. Nous

---

(1) Sur cette question, les auteurs sont divisés. Nous verrons, plus loin, en étudiant le mandat, que la représentation n'est pas de son essence, et qu'il peut fort bien y avoir mandat sans représentation, et réciproquement.

avons vu, en effet, que le représentant était censé, présumé, déclarer la volonté du représenté et, qu'en droit, par suite d'une fiction, c'était ce dernier qui était réputé agir lui-même. Il est donc logique d'exiger de lui la même capacité que s'il agissait en personne, vu qu'en fait, il recueille seul les effets de l'acte.

Le pouvoir de donner procuration se mesurera donc exactement sur la capacité juridique de celui qui la donne.

A qui doit être adressée la procuration ?

L'acte contenant la procuration peut être remis à tous ceux qui ont intérêt à en prendre connaissance. Quels sont ces intéressés ? Le fondé de pouvoir et le tiers. Il peut donc être remis soit à l'un, soit à l'autre, mais il doit être remis à l'un d'eux.

Mais, dans le cas où la procuration est remise au fondé de pouvoir, il faut que les tiers en aient connaissance, afin d'être bien renseignés sur l'étendue du pouvoir conféré.

Dans quelle forme doit être donnée la procuration ?

L'article 1985 nous dit que la procuration peut être donnée, soit par écrit, dans la forme authentique, ou sous seing privé, soit même par lettre, soit enfin verbalement (1).

Mais, peut-on employer indifféremment l'une ou l'autre de ces formes ?

Pour les actes qui ne sont pas soumis aux formalités de l'authenticité, les auteurs sont d'accord pour admettre l'affirmative. Mais, en ce qui concerne les actes authentiques, des difficultés se sont produites.

---

(1) Quant au mandat donné verbalement, l'article 1985 ajoute : « Mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre des contrats ou des obligations conventionnelles, en général ».

Donc ici, quant à la preuve, la procuration est soumise aux mêmes règles que l'acte qu'elle prévoit.

Pesons-donc la question et recherchons dans quel sens il convient de la résoudre. Doit-on, pour donner procuration à l'effet de se faire représenter dans un acte authentique, exiger que cette procuration soit, elle-même, rédigée dans la forme authentique ?

Deux opinions sont en présence :

Les partisans de la première prétendent que la procuration n'est pas soumise aux exigences de l'authenticité, pour la raison que la loi ne le dit pas. Et, à l'appui de leur opinion, ils invoquent l'article 1985 du Code civil, qui, énumérant les formes possibles de rédaction de la procuration, ne prescrit pas l'emploi de l'une d'elles pour telle ou telle catégorie d'actes. Le législateur gardant le silence sur la question, il faut donc en conclure, disent-ils, qu'il a laissé aux parties le soin de faire elles-mêmes leur choix.

Du reste, ajoutent-ils, quand il a voulu exiger la forme authentique, il l'a dit expressément dans un texte (1).

Il faut donc voir dans cette exigence une véritable exception prévue dans certains cas, et devant, comme toute exception, comporter l'interprétation restrictive.

La deuxième opinion est celle qui soutient, au contraire, que la procuration concernant un acte authentique, doit, elle aussi, être rédigée dans la forme authentique.

Ses partisans s'appuient sur la loi du 21 juin 1843, relative à la rédaction de certains actes notariés. L'article 2 de cette loi est ainsi conçu :

« A l'avenir, les actes notariés contenant donation entre vifs, donation entre époux pendant le mariage, révocation

---

(1) Une procuration authentique est exigée par la loi, dans les cas suivants : C. civ., art. 36, pour la rédaction des actes de l'état civil ; art. 66, pour les actes d'opposition à mariage ; art. 933, pour l'acceptation d'une donation.

de donation ou de testament, reconnaissance d'enfant naturel, et les procurations pour consentir ces divers actes seront, à peine de nullité, reçus par deux notaires ou par un notaire en présence de deux témoins ».

Ce texte exige donc, comme on le voit, une procuration authentique pour une série d'actes authentiques. Mais faut-il voir dans cet article un texte exceptionnel soumis à une interprétation restrictive ou bien l'expression d'un principe plus général, le principe de l'authenticité obligatoire ?

Les partisans de l'opinion que nous exposons décident qu'il convient de généraliser les dispositions de ce texte aux actes qu'il n'a pas prévus, à l'hypothèque, par exemple.

Cette opinion prévaut en doctrine et est admise par un grand nombre de nos auteurs. Du reste, les raisons que l'on peut faire valoir en sa faveur sont nombreuses et concluantes. Et même, au point de vue de l'équité, on doit l'admettre. « En effet, ce que veut la loi, dit M. Baudry (1), c'est que le consentement de celui qui accomplit un acte authentique soit exprimé dans la forme authentique ; à plusieurs points de vue, c'est une garantie pour lui. Si donc il donne mandat à quelqu'un d'accomplir cet acte en son nom, il faut, pour que le vœu de la loi soit rempli, que la procuration soit authentique, car c'est elle qui renferme son consentement. »

Et, une telle solution est parfaitement équitable, car, en adoptant la théorie contraire, on arriverait à ce résultat inadmissible : que celui qui agit par l'intermédiaire d'un représentant serait moins protégé que celui qui agit

(1) Baudry-Lacantinerie, t. III : *Du Mandat.*

en personne ; on dispenserait, en effet, le premier de l'authenticité qu'on exigerait du second (1).

La jurisprudence est également en ce sens (2).

Nous pensons donc qu'il convient d'exiger une procuration authentique quand l'acte à accomplir est lui-même soumis aux formalités de l'authenticité. Et la raison, avons-nous dit, c'est qu'il faut accorder à celui qui agit par l'intermédiaire d'autrui les mêmes garanties qu'à celui qui agit lui-même pour son compte. Aussi, déciderons-nous, contrairement au principe que nous venons de formuler, que la procuration ne devra pas nécessairement être rédigée dans la forme authentique toutes les fois que l'authenticité, exigée pour l'acte qu'elle vise, reposera sur un tout autre motif que celui de protection. C'est ainsi que la procuration ne devra pas être authentique, quand l'authenticité de l'acte à accomplir n'aura été prescrite que dans un but de publicité ; car, alors, l'authenticité de la procuration ne serait nullement de nature à assurer cette publicité. Ce sera le cas, par exemple, pour une procuration donnée à l'effet de renoncer à une succession ou encore d'accepter une succession sous bénéfice d'inventaire (3).

Nous devons signaler encore un cas où l'authenticité n'est pas requise pour la rédaction d'un acte donnant pou-

---

(1) *Répertoire du Droit français*, Fuzier-Hermann. — *Mandat*, n° 76. — « La procuration devra nécessairement être authentique toutes les fois que, en dehors d'un texte formel de la loi, prescrivant l'authenticité, elle se réfèrera à un acte pour la perfection duquel, la loi, dans une vue de protection pour celui qu'il intéresse, exige, à peine de nullité, qu'il soit passé dans la forme authentique. » En ce sens : Guillouard, *Du Mandat*.

(2) Il a été jugé que la procuration donnée pour hypothéquer devait être rédigée sous la forme authentique. S., 1881-1-253.

(3) En ce sens : Guillouard, *Du Mandat*.

voir d'accomplir une opération juridique authentique. Ce cas est prévu par l'article 69 de la loi du 1er août 1893, relative aux sociétés. Ce texte constitue une disposition additionnelle à la loi de 1867.

Avant la loi de 1893, il était généralement admis par la jurisprudence que tout acte constitutif ou modificatif d'une société, ou toute délibération ayant pour but de conférer aux administrateurs ou gérants le pouvoir d'hypothéquer devait nécessairement être rédigé dans la forme authentique. L'article 69 de la loi de 1893 est venu sur ce point modifier la situation antérieure, en ajoutant à la loi de 1867, relative aux sociétés, une disposition nouvelle. Cet article est ainsi conçu : « Il pourra être consenti hypothèque au nom de toute société commerciale, en vertu des pouvoirs résultant de son acte de formation, même sous seing privé, ou des délibérations en autorisations, constatées dans les formes réglées par ledit acte. L'acte d'hypothèque sera passé en forme authentique, conformément à l'article 2127 du Code civil ».

Donc, aux termes de l'article 69 de la loi de 1893, tout acte constitutif ou modificatif d'une société, relatif aux pouvoirs donnés aux administrateurs d'hypothéquer, ne sera plus soumis à la forme authentique.

En résumé, sauf les quelques dérogations que nous avons signalées, toute procuration à l'effet de passer un acte authentique sera soumise aux formalités de l'authenticité.

Le Code allemand, qui s'est occupé de la question, adopte, sur ce point, une solution contraire en décidant (art. 167) qu'il n'est pas nécessaire que la procuration soit donnée dans la forme requise pour l'acte juridique qui en est l'objet.

Le pouvoir ou procuration peut être donné en blanc,

c'est-à-dire ne contenir aucune indication sur la qualité du représentant. Ce dernier peut alors se substituer un mandataire de son choix, qui, devra être considéré comme tenant ses pouvoirs du représenté lui-même.

L'article 1985 du Code civil ne nous parle pas de la procuration tacite ; doit-on en conclure qu'une pareille façon de constituer pouvoir à l'effet de de se faire représenter dans un acte juridique n'est pas admise dans notre droit ?

Certains auteurs, parmi lesquels Toullier, ont appuyé cette conclusion, se basant sur l'article 1372 qui, prévoyant le cas de la gestion d'affaires, dit « soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore ». Donc, pour eux, ce membre de phrase du texte voudrait dire que, toutes les fois qu'un individu gère l'affaire d'autrui, sans pouvoir exprès, il doit être considéré comme gérant d'affaires. L'article 1372 viserait donc le cas où celui qui agit pour autrui agit sans pouvoirs ; dans le cas où des pouvoirs auraient été donnés expressément, il y aurait mandat. Il n'y aurait donc pas de place pour le mandat tacite, la procuration devant être expresse pour donner lieu au mandat proprement dit.

Toutefois, cette interprétation a été combattue par beaucoup d'auteurs, et aujourd'hui il est admis en doctrine et en jurisprudence que le mandat peut être donné tacitement. L'article 1372 aurait eu pour but seulement d'écarter l'application d'un principe de droit romain qui généralisait et étendait la sphère du mandat tacite (1).

---

(1) Ce principe de droit romain était le suivant : « Qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur ». Et son application conduisait à ceci : que toutes les fois que le maître dont l'affaire était gérée venait à connaître la gestion et ne l'empêchait pas, il était censé donner mandat tacite. C'est pour détruire la portée trop générale de ce principe que l'article 1372 a été formulé.

Ce sera donc l'œuvre du juge que de savoir si, réellement, les parties se trouvent en présence d'une gestion d'affaires ou d'une procuration tacite. A lui, il appartiendra de décider si la personne dont on a pris en mains l'affaire est censée avoir donné procuration au préalable.

Son opinion se dégagera des circonstances qui ont précédé et entouré la conclusion de l'acte et de l'attitude de celui dont l'affaire a été gérée. L'article 1372 servira donc seulement au juge comme limite qu'il ne pourra dépasser; le seul silence du maître connaissant la gestion n'impliquant pas de sa part un mandat tacite.

La jurisprudence admet le mandat tacite dans de nombreux arrêts (1).

La doctrine, elle aussi, est aujourd'hui presque unanime sur ce point.

Un cas de mandat tacite est celui qui est présumé être donné par les maîtres à leurs domestiques achetant des provisions pour le ménage.

Enfin, pour terminer avec le mandat tacite, disons que, au point de vue de la preuve, il est soumis aux mêmes difficultés que le mandat verbal.

— *Peut-on opérer le retrait de la procuration ?*

A cette question, l'article 2004 répond : « Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de

---

(1) Ainsi, il a été jugé que la femme qui participe activement à l'exploitation d'un fonds de commerce de son mari, qui signe habituellement et notoirement pour lui des billets, reçus ou autres titres, doit être considérée comme ayant reçu un mandat tacite de son mari (Paris, 4 juin 1869).

la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition s'il en a été gardé minute ».

Il semble donc, d'après ce texte, que la solution ne présente aucune difficulté et qu'on doive, sans discussion, admettre l'affirmative. Cependant, il est généralement admis que cette règle n'a pas une portée absolue et qu'il y a bien des cas où l'exécution de ses dispositions porterait atteinte à des droits qu'on doit toujours respecter.

Souvent, en effet, la procuration constitue un réel avantage et un avantage exclusif pour celui qui la donne ; et c'est dans ce cas, pour lui, une véritable faveur à laquelle il serait injuste de l'empêcher de renoncer.

C'est à cette hypothèse que se réfère l'article 2004.

Mais il peut se présenter aussi des cas où la procuration engendre un réel avantage pour le fondé de pouvoir ou le tiers. Peut-on, dans ces cas, adopter raisonnablement la même solution ? Certes non, ce serait porter une véritable atteinte aux droits de ceux qui pourraient en retirer un bénéfice quelconque et créer au profit du donneur de procuration un privilège inadmissible : celui de pouvoir, à son gré, maintenir ou détruire les droits qu'il a créés en faveur d'autrui. Aussi, dans ces cas, est-il généralement admis que l'approbation de tous les intéressés doit être obtenue, soit expressément, soit tacitement, pour que le retrait de procuration puisse être efficacement opéré.

Expressément : par une déclaration formelle de volonté du donneur de procuration, qui, nous dit l'article 2004, peut contraindre le mandataire à lui remettre le titre. Cette révocation aura donc pour effet d'anéantir le pouvoir de représenter que concédait la procuration, et le représentant ne sera plus autorisé à parler au nom de celui qui lui en a retiré le pouvoir.

Mais si, au mépris du retrait de procuration, le représentant agit au nom d'autrui, ses actes auront-ils pour effet d'obliger le représenté? A cela, l'article 2005 répond : « La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation ».

Si donc les tiers qui ont traité avec le mandataire ont été de bonne foi, ont ignoré la révocation, le donneur de procuration restera tenu vis-à-vis d'eux (1). Mais il faudra que leur ignorance résulte bien des circonstances de la cause, qu'elle apparaisse nettement aux yeux des juges, car ils sont présumés avoir connu la révocation. La prudence leur commandait, en effet, de demander à ceux avec qui ils traitaient la production de la procuration, ils sont donc présumés avoir connu le retrait; mais ce n'est là qu'une simple présomption devant tomber devant la preuve de leur ignorance.

Tacitement : l'article 2006 nous indique un cas de révocation tacite : « La constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation du premier à compter du jour où elle a été notifiée à celui-ci ».

Toutefois, la nouvelle procuration n'entraînera la révocation de la première que dans la mesure où leur objet sera identique, qu'autant qu'elles viseront toutes deux la même affaire. Ainsi, une procuration d'ordre général révoquera une procuration d'ordre spécial donnée antérieurement; la réciproque ne serait pas absolument exacte, ne le serait que pour partie.

Etendue du pouvoir conféré. — Comment détermi-

---

(1) Les effets de la représentation se produiront donc, le donneur de procuration sera donc tenu, mais il aura contre son mandataire infidèle un recours.

nera-t-on l'étendue du pouvoir du représentant? Pour répondre à la question, il faut se reporter au principe qui domine toute la matière, à savoir : que la représentation, constituant une exception, doit recevoir une interprétation restrictive. Les pouvoirs du représentant seront donc strictement déterminés par les termes mêmes de la procuration.

La procuration peut être spéciale ou générale. La procuration conçue en termes généraux ne comprend que les actes d'administration, et le fondé de pouvoir ne peut, en ce cas, faire aucun acte de disposition (1). Quant à la procuration spéciale, elle peut se rapporter soit à un seul, soit à plusieurs actes; mais ce sera seulement pour les actes spécialement désignés que le pouvoir de représenter sera donné.

Ce sera donc à la procuration seule qu'il faudra avoir recours pour décider si les effets de la représentation doivent se produire dans le patrimoine du représenté. Donc, toutes les fois que le fondé de pouvoir aura accompli pour le compte d'autrui un acte pour l'exécution duquel il n'avait pas reçu de pouvoir, le donneur de procuration ne sera pas tenu vis-à-vis des tiers. L'acte accompli dans ces conditions sera donc sans effet pour lui : il sera non seulement nul, mais même inexistant à son égard; le mandant ne sera donc pas tenu d'en demander la nullité dans les dix ans (2).

---

(1) L'article 1988 a tranché une discussion qui avait eu lieu autrefois à ce sujet.

(2) Voir en ce sens : Guillouard, *Du Mandat*. Toutefois, il convient de s'entendre sur le véritable sens du mot *inexistant*. Inexistant signifiera simplement : que l'acte ne pourra nullement lui être opposé malgré lui; mais cet acte aura, cependant, comme nous le

Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que le donneur de procuration n'ait rien fait ou rien dit qui soit de nature à induire les tiers en erreur, car, dans ce cas, il devrait supporter les conséquences de son imprudence. Si, par exemple, il remet à son fondé de pouvoir un blanc-seing dont celui-ci fait, dans la suite, un usage non prévu par la procuration, il faut décider qu'il sera tenu (1). Pareille solution doit également être admise quand une personne donne à son représentant des pouvoirs apparents que ce dernier n'a pas reçus en réalité. Dans ces cas, les tiers trompés par les apparences peuvent opposer leur bonne foi et contraindre le donneur de procuration à exécuter les engagements pris en son nom.

B) *Ratification.* — Nous avons défini la ratification : une approbation, une acceptation postérieure d'actes faits au nom d'autrui par une personne qui n'avait pas reçu le pouvoir nécessaire (2). La représentation ne peut, en effet, produire ses effets que si le représentant ou du moins celui qui se comporte comme tel a qualité pour parler au nom

---

verrons plus loin, en étudiant la ratification, une véritable existence juridique, en ce sens que celui au nom duquel il a été fait aura le droit de s'en prévaloir en le ratifiant.

(1) Le cas est prévu par un arrêt de la Cour de cassation. (S. 1884. 1-107.)

(2) Il faut se garder de confondre la ratification qui nous occupe ici avec celle de l'article 1338 du Code civil. Cette dernière est l'acceptation, la confirmation d'une obligation contre laquelle la loi accorde l'action en nullité ; celui qui ratifie ne fait autre chose que renoncer à la faveur de demander la nullité que la loi accorde. En matière de représentation, la ratification a un tout autre caractère, il n'y est nullement question de nullité, puisque celui qui ratifie n'a été nullement partie à l'acte. Aussi les conditions de l'article 1338 n'ont-elles pas à intervenir ici.

d'autrui ; si cette qualité lui manque, ses actes n'engagent en aucune façon celui qu'il a voulu représenter et restent sans valeur vis-à-vis de ce dernier.

Toutefois, le maître de l'affaire gérée, peut, par une volonté propre, s'approprier les conséquences de ces actes ; et dans ce cas, les effets de la représentation se produisent tout comme s'il y avait eu procuration donnée.

La ratification vient donc, en quelque sorte, donner à un acte une existence juridique qu'il n'avait pas avant. La représentation met en scène trois personnes dont le consentement est nécesssaire pour sa perfection, et c'est précisement la ratification apportant l'approbation du représenté qui vient compléter cet accord jusque-là incomplet.

Dans quels cas intervient la ratification ? Dans deux cas : quand celui qui a reçu procuration a agi au-delà des pouvoirs qu'elle lui conférait, ou bien encore quand une personne, de sa propre initiative, s'ingère dans les affaires d'autrui, sans avoir reçu aucun mandat.

Examinons chacune des deux hypothèses :

Tout d'abord, nous avons vu que le fondé de pouvoir qui excédait les termes de son mandat n'obligeait pas celui au nom duquel il agissait, à condition que celui-ci n'ait rien fait de nature à tromper les tiers. Donc, celui dont l'affaire a été gérée n'a point à demander la nullité d'un acte qui est sans valeur pour lui ; il ne peut souffrir d'une chose qui est *inter alios acta*.

Mais il peut, s'il le veut, s'approprier les effets de l'acte en approuvant la conduite de son gérant, ou plutôt de son fondé de pouvoir, qui a outrepassé ses droits. Et, dans ce cas, les effets de la représentation se produisent, cette approbation n'étant autre chose qu'une procuration donnée après coup et devant entraîner les mêmes conséquences qu'elle.

Gestion d'affaires. — Nous sommes ici dans un cas quelque peu différent du premier. Le gérant d'affaires n'a reçu aucun pouvoir; la plupart du temps même, celui qu'il a l'intention d'obliger ignore sa gestion,

Il est donc logique que ce dernier ne soit point tenu des conséquences d'un acte auquel il a été totalement étranger (art. 1165). Les effets de l'acte du gérant seront donc sans valeur pour lui, à moins que par une ratification, il ne manifeste l'intention d'en accepter les suites.

Et, toutefois, l'article 1375 du Code civil nous dit que dans certains cas, celui dont l'affaire a été gérée sera tenu de remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom. Faut-il voir là un cas de représentation spéciale ayant sa source dans la volonté du législateur qui impose à une personne, l'accomplissement, l'exécution d'une obligation à laquelle elle n'a pas consenti. Y a-t-il, en un mot deux sortes de gestions d'affaires : l'une obligatoire pour le géré, l'autre facultative (1).

Non, la gestion d'affaires doit être ramenée à une conception unique et ne comporte qu'une seule définition. Le gérant d'affaires est celui qui, sans pouvoir aucun, et de sa propre initiative, s'immisce dans l'administration du patrimoine d'autrui, avec l'intention de représenter, avec l'espoir d'une ratification prochaine. Et cette intention se dégage nettement de ce fait : qu'il agit toujours au nom de celui dont il gère les intérêts ; cette condition constituant

---

(1) C'est là le système de certains auteurs qui ont distingué ces deux sortes de gestions d'affaires : la gestion de l'article 1375, nécessitant pour sa formation une bonne gestion et produisant des effets immédiats sans approbation du géré ; et une autre gestion comprenant tous actes bons ou mauvais faits au nom d'autrui et ne devenant obligatoires pour le géré qu'après ratification.

du reste un élément essentiel à la représentation. Seulement, et c'est là le véritable motif de l'article 1375, le législateur présumant dans un cas (celui où l'affaire a été bien administrée) que le géré eût ratifié, a décidé de lui-même que la ratification serait immédiate et n'aurait pas besoin d'être exprimée. L'article 1375 ne vise donc qu'un cas spécial de la gestion d'affaires et ne constitue nullement une source de représentation différente. Quant aux effets, nous verrons qu'ils sont d'une nature identique dans un cas comme dans l'autre.

Revenons donc maintenant à l'étude de la ratification et recherchons successivement :

1° Quel est le caractère, la nature juridique de l'acte avant que la ratification en ait été faite ;

2° Comment se fait la ratification ;

3° Ses effets.

1° Quelle est la nature juridique de l'acte accompli avant que la ratification soit intervenue ? — En étudiant le sort d'un acte accompli par le fondé de pouvoirs en dehors des termes de la procuration, nous avons dit plus haut qu'il était inexistant. Mais cela ne veut pas dire que cet acte n'ait aucune existence juridique, car alors la ratification serait inutile et sans effet, un acte inexistant ne pouvant pas être confirmé. Nous avons seulement voulu exprimer cette idée qu'un acte juridique fait en dehors des pouvoirs conférés restait sans effet vis-à-vis de celui au nom duquel il avait été accompli. Il a donc une véritable existence juridique ; mais quelle en est sa nature ?

Certains auteurs ont voulu voir dans le contrat conclu sans pouvoirs au nom d'un tiers une offre de la part des contractants adressée au représenté. Or, comme toute offre est révocable, les contractants peuvent, d'un com-

mun accord, détruire leur œuvre et annihiler, en quelque sorte, l'opération juridique qu'ils ont conclue.

Donc, d'après ce système, l'acte juridique avant la ratification serait simplement conditionnel quant à son existence, qui serait soumise au gré d'un accord des contractants.

Le représenté n'aurait que la faculté de l'accepter, si le gérant et le tiers ne retiraient pas leur offre.

Donc avant la ratification, il n'y a pas de contrat proprement dit, il n'y a qu'une offre, par conséquent révocable. Le représenté n'a pas, à proprement parler, de droit· il n'a qu'une faculté d'accepter le contrat conclu en son nom, et cette faculté peut lui être retirée.

Nous ne saurions admettre une pareille théorie, et nous reconnaîtrons à celui dont l'affaire a été administrée un véritable droit : le droit d'accepter ou de refuser les conséquences d'un acte accompli en son nom. S'il a un droit, on ne peut le lui retirer ; le contrat conclu ne peut donc être résilié par la seule volonté des contractants, car dans ce cas, on violerait ce droit (1).

C'est donc quelque chose de plus qu'une offre qu'il faut voir dans l'opération juridique avant la ratification, mais ce n'est pas non plus un contrat parfait.

Un contrat est parfait quand toutes les conditions requises pour son existence juridique et pour le rendre, par conséquent, susceptible de produire sès effets se

---

(1) Le Code allemand n'admet pas cette solution et décide que jusqu'à la ratification du contrat, l'autre partie, c'est-à-dire le tiers contractant, est en droit de révoquer ce dernier, à moins que, lors de la conclusion du contrat, elle n'ait connu le défaut de pouvoir du représentant.

trouvent réunies ; or ce n'est pas le cas ici. La première des conditions pour la création d'un lien de droit quelconque est le concours de consentements des parties. Dans le contrat passé par un gérant d'affaires, le représenté est partie au contrat, puisqu'il n'est pas un tiers ; ce contrat ne sera donc parfait qu'avec le consentement de ce dernier, c'est-à-dire avec la ratification.

L'opération juridique du gérant d'affaires est donc en quelque sorte une opération boiteuse, incomplète, nécessitant pour sa perfection un élément qui lui manque : un consentement.

Mais c'est, toutefois, une opération ayant une existence juridique, puisqu'elle a créé un droit au profit du représenté ; or, un droit ne peut sortir du néant.

2° Comment se fait la ratification ? — Elle peut être expresse ou tacite : Expresse, c'est-à-dire résultant d'une manifestation de volonté de l'intéressé. Elle n'est assujettie à aucune forme et peut être adressée, comme la procuration, soit au gérant d'affaires, soit au tiers. L'intervention de ce dernier n'est nullement nécessaire pour la validité de la ratification.

Tacite : elle peut être aussi tacite, c'est-à-dire résulter de certaines circonstances qui font présumer la volonté de ratifier. L'appréciation des faits entraînant acceptation tacite est laissée aux tribunaux.

3° Effets de la ratification. — La ratification, avons-nous dit, engendre la représentation, les effets de l'acte ratifié se produiront donc dans le patrimoine du représenté.

Ce dernier, en ratifiant, s'est, en effet, placé dans la même situation que s'il avait contracté lui-même ; par son acceptation, il a été présumé avoir eu la même volonté que

celui qui a traité en son nom, il a donc été valablement réprésenté (1).

Donc la ratification produit les effets de la représentation, mais ces effets se produisent-ils seulement à dater de la ratification, ou bien remontent-ils aussi dans le passé ; en un mot, sont-ils ou non rétroactifs ?

La question présente de l'intérêt, car sur certains points elle offre une réelle importance et tous les auteurs ne sont pas d'accord entre eux. Elle doit être étudiée à deux points de vue ou plutôt sous deux faces différentes: d'abord en ce qui concerne les rapports entre le représenté et le gérant, d'une part ; et les tiers et le représenté, d'autre part.

Vis-à-vis du gérant, de celui qui a administré l'affaire, tous les auteurs sont d'accord pour admettre le principe de la rétroactivité (2).

La ratification aura donc pour résultat de placer le gérant vis-à-vis du représenté, dans la même situation que si ce dernier avait reçu une procuration expresse. Celui qui ratifie purement et simplement renonce donc à tous les droits et actions qu'il aurait pu avoir contre son représentant ; si ce dernier a commis des fautes dans la gestion, il ne peut donc être poursuivi, à raison de ces fautes, par celui qui a ratifié ses actes sans condition.

---

(1) Cette idée est exprimée dans l'adage du droit romain : *Ratihabitio mandato comparatur.*

(2) Et toutefois, M. Laurent (t. IV) la repousse même dans ce ce cas : « La ratification, dit-il, n'est qu'un consentement, et c'est le consentement qui engendre la convention, or, la convention ne pouvant produire d'effets que du jour où le concours des consentements a eu lieu, la ratification ne peut produire des conséquences que dans l'avenir ». Mais son opinion est restée isolée.

Mais, vis-à-vis des tiers, la question devient plus délicate et suscite des difficultés. Les opinions varient à cet égard.

L'opinion adoptée par la majorité des auteurs est celle qui ne fait produire à la ratification des effets rétroactifs, que sauf le respect dû aux droits des tiers (1). Ceux-ci ne pourront donc nullement être inquiétés au sujet des droits qu'ils auront acquis, entre la conclusion de l'acte et la ratification, sur la chose faisant l'objet du contrat.

Toutefois, cette opinion a été contredite par certains auteurs. M. Labbé (2) s'est efforcé de démontrer qu'on devait admettre le principe de la rétroactivité sur tous les points, même en ce qui concerne les tiers. Les tiers, dit-il, ne sont que des ayants cause du gérant ou de son co-contractant : or, les ayants cause ne peuvent avoir plus de droits que ceux avec qui ils ont traité. Ces derniers, n'ayant qu'un droit soumis à la ratification, par conséquent aléatoire, ne peuvent transmettre qu'un droit semblable.

Nous nous rattachons à son opinion qui nous paraît appuyée sur un argument juridique très puissant et qui, du reste, est en tous points conforme à la notion de représentation.

Un acte accompli par un représentant produit ses effets directs dans le patrimoine du représenté ; si, par exemple, cet acte consiste en une vente d'immeubles, le représenté devient propriétaire de l'objet vendu, et les droits consentis à des tiers sur cet objet par d'autres que lui sont sans effet. Or, la ratification rétroagit en principe, dit-on, mais,

---

(1) Par tiers, on entend ici tous ceux qui ont traité, soit avec le gérant, le tiers contractant ou le maître, entre le jour de la conclusion du contrat et celui de la ratification,

(2) *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires.*

ajoutent la plupart des auteurs, réserve faite des droits que les tiers ont pu acquérir entre la conclusion de l'acte juridique et la ratification. Si on admet cette limitation, on arrive donc à avoir, dans le cas de ratification, une représentation spéciale produisant des effets différents de la représentation avec pouvoirs.

Ce résultat est inadmissible, la représentation produisant dans tous les cas des effets identiques.

Admettant donc que la ratification produit des effets rétroactifs pleins, nous dirons que les droits que les tiers ont acquis dans l'intervalle ne pourront être opposés. Mais il convient d'observer aussi que la ratification ne produira de tels effets que lorsque l'acte qu'elle vise aura été fait conformément aux exigences de la loi. Et c'est surtout aux conditions de publicité que se rapporte cette observation. Il est des cas où le législateur, par prudence, a soumis tels ou tels actes à certaines formalités, notamment les ventes d'immeubles à la formalité de la transcription. Eh bien, dans ce cas, la ratification ne pourra être opposée aux tiers qu'autant que l'acte accompli aura été transcrit (1). Et les droits consentis sur la chose avant cette transcription devront être maintenus.

Mais toutefois, au principe de l'effet rétroactif de la ratification, il convient d'apporter une dérogation ; il s'agit du cas où les droits acquis par les tiers proviennent d'une concession du représenté lui-même. Ici, la situation est toute différente, car le représenté, n'ayant pas ratifié, conserve tout droit de propriété sur l'objet de la vente, il n'est pas lié, il ne le sera que s'il ratifie. Il peut donc valablement vendre la chose qu'un autre avait préalablement

(1) S., 1894-1-411.

vendue en son nom, et son acheteur acquerra un droit certain qui ne pourra lui être enlevé par la ratification. En effet, il y a ici incompatibilité entre la vente faite par le représenté et une ratification de sa part ; en vendant l'immeuble, il a épuisé son droit de ratification ; il a, en un mot, désavoué son gérant d'affaires.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA REPRÉSENTATION

Déjà, dans le cours des explications que nous avons données sur la nature et le fonctionnement de la représentation, nous avons signalé les principaux effets qu'elle produisait.

Rappelons-les en quelques mots et complétons-les.

L'effet principal de la représentation, avons-nous dit, est de faire naître immédiatement et directement, sur la tête du représenté, les droits et charges résultant de l'acte du représentant. Immédiatement et directement, et ce sont les caractères essentiels de la représentation ; le représenté est, en effet, présumé avoir traité lui-même, et les conséquences de l'acte de son fondé de pouvoir doivent être les mêmes que s'il avait agi en personne.

Voilà quel est le mécanisme sommaire et le but de la représentation ; mais, pour bien en préciser les effets, il convient d'examiner successivement dans quelle situation respective se trouvent chacune des trois personnes que la représentation met en scène : représenté, représentant et tiers contractant.

1° *Représenté.* — Le représenté, quoique ne participant pas directement à la conclusion de l'acte juridique, n'est cependant pas un tiers. En effet, si sa volonté n'intervient

pas d'une façon effective et manifeste à l'accomplissement de l'acte du représentant, elle y prend cependant une certaine part. C'est elle qui, comme nous l'avons dit, détermine le mouvement de la représentation, soit par une procuration donnée à l'effet de représenter, soit par une ratification c'est-à-dire par une approbation qui n'est, en somme, qu'une procuration donnée après coup. Sans doute, dans le cas de représentation légale, on peut dire, dans une certaine mesure, que le représenté ne joue qu'un rôle passif. Mais ce n'est là qu'une apparence, et si l'incapable ne joue pas lui-même un rôle actif en donnant procuration ou ratification, c'est que le législateur est intervenu en sa faveur et, dans un but de protection, lui a imposé un représentant. Mais l'œuvre du législateur n'est que l'expression de la volonté présumée de l'incapable qui, conscient de sa faiblesse, aurait eu recours à un fondé de pouvoirs.

Etudions maintenant les effets de l'acte du représentant par rapport au représenté.

Le représenté est tenu de tous les engagements que le représentant a pris en son nom dans la limite des pouvoirs qu'il a reçus. Mais si ce dernier commet des fautes en exécutant la procuration reçue, pourra-t-il obliger celui au nom duquel il a parlé ? Oui, en vertu de l'article 1384, d'après lequel le commettant est responsable des fautes de ses préposés. Cette solution se justifie, du reste, par des considérations d'équité.

Celui qui accorde sa confiance à autrui doit seul être atteint si cette confiance n'est pas méritée. Les tiers qui ont traité avec le représentant peu scrupuleux ou trop inexpérimenté n'ont aucune faute à se reprocher.

Ils n'ont eu en vue que la personnalité du représenté, c'est seule la considération de cette dernière qui les a dé-

terminés à agir; ils ne doivent donc pas souffrir des fautes de celui qui, pour eux, n'était qu'un intermédiaire.

Pareille solution doit également être admise dans les cas où le représentant se livre à des fraudes ou est coupable de dol dans l'exécution de sa procuration (1).

Dans tous ces cas, les tiers qui auront subi un préjudice à la suite de la faute, de la fraude ou du dol de celui avec lequel ils ont traité, pourront s'adresser au représenté qui sera tenu de leur en fournir réparation. Mais il convient d'observer que dans les cas où les tiers contractants seraient de mauvaise foi, leurs prétentions ne pourraient être recevables.

Terminons, enfin, l'étude de ce point par l'examen d'une dernière question. Quelle sera l'influence des vices du consentement sur le sort de l'acte accompli par le représentant? On appliquera, ici, les règles de droit commun, exposées par le législateur au titre des obligations.

Mais, et c'est ici que réside tout l'intérêt de la question, à laquelle des deux personnalités, du représentant ou du représenté, faudra-t-il se reporter pour apprécier dans quelle mesure le consentement a été vicié?

Cette question a été diversement résolue par les auteurs des différents systèmes édifiés sur la nature juridique de la représentation.

Pour nous, la difficulté doit être tranchée par une distinction. Les vices qui peuvent atteindre le consentement sont subjectifs ou objectifs : les premiers, tels que l'erreur, reposent sur une base en quelque sorte morale, toute per-

(1) Voir en ce sens : S. 1880-1-412. Le mandant est responsable des fautes de son mandataire qui a agi dans les limites de la procuration.

sonnelle ; les autres : dol, violence, résultent de faits extérieurs.

Or, nous avons vu quelle était la part respective que le représentant et le représenté prenaient à la formation de l'obligation. Le premier accomplit le travail matériel, le travail en quelque sorte du traducteur, de l'ouvrier, et seuls, par conséquent, les faits extérieurs, qualifiés de dol ou de violence, peuvent influer sur son consentement et le vicier. Le représenté, au contraire, ne joue aucun rôle actif; en donnant procuration ou en ratifiant, il ne fait que prendre une décision et il charge son représentant de la transmettre. Mais cette décision peut être atteinte par tous les divers vices du consentement : dol, violence et erreur.

2° *Représentant.* — Le représentant n'est, au point de vue des effets de la représentation, qu'un simple intermédiaire. Sans doute, c'est lui qui, dans les conclusions de l'acte juridique, est le sujet actif, c'est lui qui concourt effectivement à la formation du droit ; mais, une fois l'acte conclu, il s'efface et reste complètement étranger aux conséquences de son acte.

Il ne peut, en aucune façon, s'ingérer dans le rapport de droit qu'il a fait naître, et ne peut pas plus actionner les tiers avec lesquels il a traité, que ces derniers ne peuvent l'actionner.

De même la compensation ne pourra pas être opposée aux tiers contractants par le représentant pour les dettes que ces derniers auraient vis-à-vis de lui et réciproquement. En ce qui concerne les jugements obtenus par le représentant agissant au nom d'un autre, ils produisent effet exclusivement contre le représenté, et son fondé de pouvoir ne peut nullement être inquiété.

Donc, en principe, le représentant reste étranger aux

effets de l'acte qu'il a conclu ; toutefois, à cette règle, se rattache une double dérogation.

Tout d'abord, nous avons vu que le représentant qui excédait les pouvoirs que lui conférait la procuration n'engageait pas le représenté ; mais ne s'obligeait-il pas lui-même ? A cette question, l'article 1997 C. civ. répond en nous disant que le mandataire qui a excédé les limites de sa procuration ne s'engage pas s'il a donné aux tiers une connaissance suffisante de ses pouvoirs. Il faut donc décider que, dans le cas où cette connaissance suffisante vient à faire défaut, le représenté sera tenu vis-à-vis des tiers.

Mais à qui incombera la preuve que les tiers ont connu ou non les pouvoirs du représentant ? Sera-ce aux tiers ou au représentant ? Il faut rejeter la preuve à la charge des tiers. En effet, le fait, de la part du représentant, de ne pas communiquer aux tiers ou de leur dissimuler frauduleusement les pouvoirs dont il est investi, constitue une faute dans un cas, un dol dans l'autre. Or, ni la faute, ni le dol ne se présumant, c'est à celui qui les invoque à en faire la preuve.

Pour s'attaquer au représentant, les tiers devront donc prouver que ce dernier ne leur a pas donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs (1).

Enfin, le représentant sera tenu encore à l'égard des tiers, s'il s'est personnellement soumis à la garantie vis-à-vis d'eux, lorsqu'il a excédé ses pouvoirs.

3° *Tiers contractant.*—A l'égard du tiers contractant, il

(1) Et, toutefois, cette solution n'est pas admise par tous; de nombreux auteurs laissent, en pareille circonstance, un pouvoir discrétionnaire aux juges (Aubry et Rau ; Guillouard).

ne reste pas grand chose à dire. Traitant en réalité avec le représenté, il ne peut engager que ce dernier, de même qu'il ne contracte d'obligations que vis-à-vis de lui seul.

C'est donc entre le représenté et le tiers contractant seuls que se produiront les effets de l'acte ; et pour tous deux, le représentant deviendra, une fois le rapport de droit établi, un véritable tiers auquel ne pourra profiter ni nuire l'exécution de l'obligation formée. Le tout, sauf cependant les quelques exceptions que nous avons déjà signalées en examinant la situation juridique du représentant.

Voilà donc, résumés en quelques lignes, les effets principaux de la représentation avec les quelques questions qui s'y rattachent. Comme on le voit, en définitive on peut les grouper autour de cette même idée que nous avons exposée plus haut et par laquelle nous pouvons aussi conclure :

Naissance immédiate et directe, dans le patrimoine du représenté, des effets de l'acte accompli par le représentant et disparition, en quelque sorte, de ce dernier. De telle sorte que, l'opération une fois terminée, la situation respective des deux intéressés : représenté et tiers contractant, se trouve identique à celle qu'ils auraient eue s'ils avaient tous deux agi en personne. L'anomalie de la représentation disparaît donc en quelque sorte et tout se trouve ramené à un rapport de droit simple et normal.

Nous en aurions terminé avec l'étude théorique de la représentation, s'il ne nous restait à examiner une dernière question, qu'à dessein nous avons passée sous silence, nous réservant de la traiter en dernier lieu. Il s'agit, en effet, d'une hypothèse spéciale constituant en quelque sorte une dérogation au fonctionnement normal de la représentation et méritant une étude distincte.

Jusqu'ici, dans le cours de nos explications, nous avons

supposé trois personnes nécessaires à la formation d'une obligation par représentation. C'est là assurément le cas de beaucoup le plus fréquent, le cas normal qui devait servir de base à notre étude.

Mais, ne peut-il pas se faire que deux personnes interviennent seules dans la formation du rapport de droit naissant de la représentation, l'une d'elles remplissant à la fois les fonctions de représentant et de tiers contractant. Ces deux personnalités juridiques ne peuvent-elles pas se fondre, se condenser en une seule personnalité physique ?

Nous arrivons ainsi à l'examen d'une question qui, dans ces dernières années, a été assez longuement discutée. On la formule généralement de la façon suivante : le Procureur peut-il traiter avec lui-même ?

Avant d'entrer dans la discussion de cette formule, il convient de bien en préciser le sens ; car, à force d'être concise, elle peut paraître obscure. Il s'agit de savoir si une personne, agisssant pour le compte d'autrui, peut prendre pour elle l'opération dont elle a été chargée, si elle peut jouer à la fois les deux rôles de représentant et de tiers contractant. Un exemple donnera mieux la notion exacte du problème : Une personne reçoit procuration de vendre une maison, peut-elle se porter acquéreur ?

Voilà donc le sens de la question qui, sous sa formule habituelle, peut tout d'abord paraître quelque peu étrange.

Les Allemands, qui se sont occupés de la question, ont pu, grâce à la facilité d'adaptation de leur langue, créer une expression ou plutôt un mot qui caractérise et définit l'acte du représentant traitant avec lui-même. Il fait, disent-ils, un *Selbstcontrahirung*.

La question qui nous occupe présente un double intérêt :

Intérêt théorique d'abord ; il convient de rechercher s'il

est juridiquement possible qu'un représentant puisse faire acte de *Selbstcontrahirung* ; et dans quel sens le Code civil a tranché le débat.

Pratique ensuite : au point de vue de savoir si l'on doit généraliser ou non les dispositions de l'article 1596.

a) Intérêt théorique de la question. — Un représentant peut-il, en droit, juridiquement, traiter avec lui-même ? L'article 1101 du Code civil dit qu'un contrat est l'accord de deux ou plusieurs personnes. Mais il ne faut pas prendre ce texte à la lettre et dire que deux personnes physiques sont absolument nécessaires à la formation du contrat. Le mot « personnes » est plutôt pris ici dans un sens abstrait et signifie deux volontés. Reprenant donc la définition de l'article 1101, nous dirons que le contrat est l'accord de deux ou plusieurs volontés.

Eh bien ! dans le contrat du représentant avec lui-même trouvons-nous exprimées ces deux volontés exigées par la loi ?

Il convient, pour répondre à la question, de se rappeler la discussion qui s'est élevée au sujet de la nature juridique de la représentation. Pour ceux qui soutiennent que le représentant déclare une volonté propre, la réponse est peut-être embarrassante, si l'on veut, du moins, admettre l'affirmative. Comment, en effet, dans ce cas, voir deux volontés distinctes dans deux volontés propres, en fait et en droit, à un seul et même individu ?

Avec la théorie de la fiction, au contraire, la réponse est plus aisée. La déclaration de volonté qui émane du représentant est sienne en fait, mais non en droit ; sur le terrain purement juridique, elle reste la volonté du représenté. Or, si le représentant contracte avec lui-même, que fera-t-il ? Il déclarera, en même temps que la volonté du représenté, une autre volonté qui, cette fois, sera la sienne

propre en droit comme en fait. Il dédoublera en quelque sorte sa personnalité : d'une part, il sera l'expression des désirs, du vouloir de celui dont il a reçu procuration ; d'autre part, il redeviendra, pour ainsi dire, lui-même.

Il déclarera donc deux volontés et deux volontés distinctes : l'une, celle du représenté restant seulement sienne en fait, mais puisée en droit à une source étrangère, empruntée à des considérations qui ne le touchent pas ; l'autre étant, au contraire, la résultante de ses réflexions purement personnelles et la traduction exacte de ses intérêts (1).

Nous trouvons donc, ici, remplies les exigences de l'article 1101 et nous pouvons dire que, dans le contrat du représentant avec lui-même, il faut voir un véritable contrat ayant une existence juridique bien déterminée.

Voyons maintenant dans quel sens a été résolue la question dans notre droit civil. Sur ce point nous trouvons deux textes, les articles 450 et 1596 :

« Art. 450 ; al. 3 : Le tuteur ne peut ni acheter les biens du mineur ni les prendre à ferme, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille ».

« Art. 1596 : Ne peuvent se rendre adjudicataires sous peine de nullité... :

Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ;

---

(1) Les auteurs qui distinguent deux sortes de représentations, parfaite et imparfaite, n'admettent la possibilité du *Selbstcontrahirung* que dans le cas de représentation parfaite. Comment, en effet, admettre que dans le cas de représentation imparfaite le représentant, recueillant d'abord les effets de l'acte, puisse devenir un seul instant créancier et débiteur de lui-même ?

Les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins.

Les officiers publics, des biens nationaux dont la vente se fait par leur ministère ».

Sans examiner ici les motifs qui les ont dictés et que nous étudierons tout à l'heure, recherchons simplement quelle est la nature des prohibitions établies par ces deux textes : quel sera le sort de l'acte accompli au mépris de leurs dispositions ?

« Ne peuvent... sous peine de nullité », nous dit le législateur. Donc l'acte accompli sera nul ; mais de quel genre de nullité ? D'une nullité relative, comme toutes les nullités reposant sur des incapacités ; et ce seront seulement ceux au profit desquels cette nullité aura été établie qui pourront s'en prévaloir. Mais s'ils n'invoquent pas ce moyen que leur accorde la loi, alors l'acte sujet à nullité sera valable et produira ses effets. Le représentant qui aura, dans ces cas, traité avec lui-même, aura donc fait un acte valable.

Les conclusions qui se dégagent d'un tel examen sont donc celles-ci : Le représentant pourra être à la fois vendeur pour autrui et acheteur pour son compte ; et la vente produira ses effets, mais sous peine de nullité seulement et de nullité relative qui pourra être couverte par une ratification expresse ou tacite (art. 1338).

Ce n'est donc pas une impossibilité juridique que le législateur à voulu établir ; car dans ce cas, l'acte serait inexistant et on ne confirme pas ce qui n'existe pas.

b) Intérêt pratique de la question. — Les deux textes que nous avons cités ne prévoient qu'une série d'actes déterminés, recherchons donc s'il convient d'étendre leurs dispositions à tous les autres cas de représentation.

Pour répondre à la question, examinons tout d'abord

quel a été le but du législateur et quels sont les motifs qui l'ont inspiré. Motifs d'utilité pratique, de protection ! Il n'a pas voulu que le représentant pût impunément sacrifier les intérêts de celui qu'il représente ; et c'était là, en effet, une crainte bien légitime ; deux intérêts opposés, contradictoires étant gérés par une seule et même personne. Il a donc remédié aux inconvénients qui pouvaient résulter de cette situation dangereuse, en accordant au représenté un moyen de conjurer le mal qui pouvait en résulter pour lui ; il lui a fourni une arme qui lui permettra de faire annuler un acte préjudiciable. Mais ce secours est une faveur à laquelle le représenté pourra renoncer s'il trouve que les conséquences de l'acte accompli pour son compte ne lui sont pas défavorables.

Donc, la loi, dans l'article 1596, a simplement voulu protéger le représenté, lui donner le moyen de réparer un préjudice qui, dans un cas déterminé, peut résulter du fait du représentant.

Eh bien ! doit-on étendre les dispositions de l'article 1596 à tous les autres cas de représentation ; ou bien, voir dans ces textes des dispositions exceptionnelles ?

Nous pensons qu'il convient d'adopter le principe de l'interprétation extensive. Sans doute, le législateur n'a prévu que certains cas déterminés, mais il n'a, certes, pas eu l'intention d'édicter des dispositions exceptionnelles. Les cas qu'il prévoit dans l'article 1596 sont, au point de vue des considérations d'équité qui l'y ont guidé, analogues à tous les autres cas de représentation.

Qu'il s'agisse de la vente ou de toute autre opération juridique, il est toujours vrai de dire que les intérêts du représentant et ceux du représenté seront en conflit, et que, le représentant les administrant tous deux, il est à craindre qu'il fasse trop prévaloir les siens, dans une mesure pré

judiciable aux autres. Le besoin d'un secours se fera donc toujours sentir.

Or, le meilleur secours n'est-ce pas celui de l'article 1596 ? L'affirmative ne peut paraître douteuse ; aussi croyons-nous qu'il est bon d'étendre à tous les cas de *Selbstcontrahirung* du représentant les dispositions de ce texte.

Sans doute, il eût été préférable que le législateur ait établi lui-même un principe formel en la matière, car il est toujours difficile et délicat de compléter son œuvre. Mais, nous l'avons vu à maintes reprises, son œuvre, en matière de représentation, n'existe, à proprement parler, qu'à l'état rudimentaire ; aussi, doit-on employer ici une méthode qui n'est pas précisément très conforme aux principes juridiques : la méthode de généralisation. Ce n'est que par l'analyse des motifs qui l'ont inspiré, par la recherche du but qu'il s'est proposé d'atteindre dans les cas déterminés qu'il a prévus, que l'on peut décider ensuite s'il convient d'étendre à tous les autres cas analogues, la solution d'une hypothèse spéciale.

Revenant à l'examen de la question qui nous occupe, nous répéterons donc que ce ne sont pas des dispositions exceptionnelles que nous venons d'étudier, mais bien des expressions d'un principe plus général qui domine notre droit, d'un principe d'équité.

En résumé, nous dégagerons de l'examen de cette question la solution suivante :

En principe, l'acte du représentant traitant avec lui-même, sera nul, mais d'une nullité relative seulement, susceptible, par conséquent, d'être couverte. Cet acte aura donc, comme tous les actes annulables, une existence juridique certaine ; aussitôt formé, il produira tous les effets d'un acte valable, mais son existence sera, en

quelque sorte, aléatoire et pourra succomber sous le coup d'une action en nullité.

Signalons, en terminant, une dernière explication proposée sur cette question. Certains auteurs ont voulu assimiler le représentant traitant avec lui-même au représentant excédant ses pouvoirs et lui appliquer par analogie les dispositions de l'article 1998, al. 2., C. civ. D'après ce système, le représenté ne serait pas en principe tenu ; une ratification, émanant de sa part, serait nécessaire pour le lier vis-à-vis de son représentant.

Une telle opinion, bien que reposant sur un principe d'équité et tenant compte des craintes du législateur, ne nous paraît cependant pas juridiquement acceptable. Excéder ses pouvoirs, c'est faire pour le compte d'autrui un acte que la procuration ne prévoit pas, c'est prendre plus de droits que cette dernière n'en donne. Or, est-ce là le cas du représentant traitant avec lui-même ? Si la procuration désigne le nom du tiers avec lequel devra traiter le représentant, assurément il y aura excès de pouvoirs ; mais ce n'est pas l'hypothèse qui se présentera le plus souvent. Généralement, le nom du tiers n'est pas mentionné et le représentant jouit de toute latitude à ce sujet ; or, ce dernier excèdera-t-il réellement ses pouvoirs, s'il se choisit lui-même comme tiers ? Il serait difficile de l'admettre ; aussi, rejetterons-nous ces explications.

A la question que nous venons d'examiner, s'en rattache une autre qui lui est intimément liée et dont l'étude aurait pu être faite en même temps que celle de la première. Toutefois, pour des raisons de méthode et de clarté, nous avons préféré étudier séparément les deux cas.

La première hypothèse, nous l'avons vu, était la suivante : Un représentant peut-il conclure un contrat avec

lui-même, agissant pour son compte ; peut-il prendre pour lui l'opération dont il est chargé ? La seconde, qui ne diffère de la première qu'en ce qu'elle est quelque peu plus complexe, peut être présentée de la façon suivante : Une personne peut-elle conclure un contrat entre deux individus qu'elle représente ; peut-elle, par exemple, être vendeur pour le compte de l'un et acheteur pour le compte d'un autre ?

Disons tout de suite que nous adopterons ici une solution identique à la précédente. Les mêmes raisons peuvent, du reste, être invoquées dans les deux cas. Tout d'abord, au point de vue de la possibilité juridique d'une telle opération, nous présenterons les mêmes observations. Un contrat, avons-nous dit, est l'accord de deux volontés ; les deux volontés se trouvent-elles réunies ici ? Oui, puisque le représentant déclare la volonté présumée du représenté ; or, s'il représente à la fois deux personnes, il déclare donc deux volontés distinctes.

Au point de vue pratique, nous adopterons également une solution identique à la précédente. Les mêmes motifs que nous avons fait valoir dans la première hypothèse, nous les ferons également intervenir ici ; motifs de garantie pour le représenté : une personne ne pouvant défendre en même temps et avec efficacité deux intérêts distincts et opposés. Enfin, l'article 1596 ne permet pas de réunir sur une même tête les deux qualités de vendeur et d'acheteur ; et ses dispositions doivent, ici, comme précédemment, recevoir une interprétation extensive en vertu des mêmes idées.

Enfin, pour terminer l'étude de ce point, recherchons dans quel sens a été résolue la question par les législations étrangères qui l'ont examinée. Certains codes, bien plus complets que le nôtre sur les questions touchant à la

représentation, contiennent des dispositions formelles à ce sujet.

L'article 181 du Code civil allemand se prononce, en principe, pour la nullité du *Selbstcontrahirung* :

« Un représentant, dit-il, sauf autorisation contraire, ne peut, au nom du représenté, conclure un acte avec lui-même, agissant en son nom propre ou comme représentant d'un tiers, à moins que cet acte ne consiste exclusivement dans l'accomplissement d'une obligation. »

Les Codes de commerce allemand et italien admettent en principe la validité du *Selbstcontrahirung*, le Code italien dans l'article 386, le Code allemand dans l'article 376.

CHAPITRE IV

DÉLIMITATION DU DOMAINE DE LA REPRÉSENTATION

Après avoir exposé les règles qui régissent la représentation, il est bon, pour compléter son étude, d'en bien délimiter le domaine et de la distinguer de certaines opérations juridiques offrant avec elle certaines analogies.

Nous examinerons donc successivement les rapports :

Des contrats pour autrui et de la représentation ;

Du mandat et de la représentation ;

Et nous terminerons cette étude en donnant quelques explications sur le fonctionnement et l'étendue d'application de la représentation en droit commercial.

Section I. — Représentation et contrats pour autrui

Le contrat par représentant et le contrat pour autrui présentent ce caractère commun : que l'intention des parties est, dans les deux cas, de faire naître les effets du contrat dans le patrimoine d'une tierce personne.

Toutefois, il existe entre ces deux institutions de nombreuses et profondes différences qu'il convient de faire ressortir.

Les contrats pour autrui sont prévus par les articles 1119, 1120 et 1121 du Code civil.

L'article 1119 est ainsi conçu : « On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même ». Ce texte signifie que, de sa propre autorité et sans avoir reçu de procuration à cet effet, une personne ne peut, en son propre nom, engager autrui ou engager un tiers vis-à-vis d'autrui. Il prohibe donc ce qu'on appelle dans la doctrine : les contrats pour autrui.

Toutefois, les articles 1120 et 1121, admettent, dans certains cas et à certaines conditions, la validité de semblables opérations, constituant ainsi des exceptions au principe formulé par l'article précédent. Nous devons donc rechercher les différences que l'on peut relever entre les contrats autorisés par ces deux textes et les contrats par représentant.

Tout d'abord, au point de vue de leur formation et de leur physionomie externe, la distinction paraît facile à établir. Le représentant, avons-nous dit plus haut, agit au nom du représenté ; le contractant pour autrui agit, au contraire, en son nom propre. Et c'est, grâce à ce criterium que nous pourrons distinguer le contrat pour autrui d'un cas de représentation avec lequel la confusion serait possible : de la gestion d'affaires.

Au point de vue de leurs effets, les différences apparaissent plus marquées encore, nous en signalerons les principales :

Dans la représentation, deux personnes sont seules engagées : le représenté et le tiers ; le représentant restant en dehors du contrat. Le contrat pour autrui met, au contraire, trois personnes en présence et trois patrimoines en jeu. C'est ainsi que le stipulant pour autrui peut, même après la ratification du tiers bénéficiaire de la stipulation, rester astreint à certaines obligations : par exemple, dans

le cas de l'assurance sur la vie, où il doit continuer à payer les primes.

Dans la stipulation pour autrui, le stipulant peut révoquer sa stipulation, tant que le tiers bénéficiaire n'a pas déclaré vouloir en profiter. En matière de représentation, il convient d'adopter une solution différente ; nous avons vu en effet, en étudiant la gestion d'affaires, que le géré avait un véritable droit à la ratification, lequel ne pouvait lui être enlevé par une volonté contraire.

Enfin, dans les contrats pour autrui, celui pour lequel on a promis ou on a stipulé peut se refuser à ratifier le contrat ; en matière de représentation cette ratification est parfois imposée au représenté.

Voilà donc autant de différences qui semblent bien établir une démarcation suffisante entre ces deux institutions. Toutefois, nous devons convenir que, dans la pratique, il n'est pas toujours aisé de les distinguer, et que, dans bien des cas, la doctrine s'est montrée hésitante et divisée. L'intérêt de la question apparaît surtout dans un cas particulier que les exigences de la vie moderne ont rendu d'une application très fréquente. Nous voulons parler de l'assurance sur la vie.

Un père de famille s'engage, vis-à-vis d'une Compagnie d'assurances, à lui payer annuellement une prime de 300 francs, à condition, qu'à sa mort, cette dernière versera, entre les mains de ses enfants, une somme de 20.000 francs. Fait-il un contrat pour autrui ou un acte de gérant d'affaires.

Les deux systèmes ont été soutenus dans la doctrine et ont, tous deux, réuni bon nombre de partisans. D'après certains, il faut voir, dans l'acte de l'assureur, une véritable stipulation en faveur d'autrui ; et les raisons qu'ils invoquent sont les suivantes : Tout d'abord, le souscrip-

teur des primes traite en son nom, et, par conséquent, ne représente pas au vrai sens du mot. De plus, même après la ratification de la part du bénéficiaire de l'assurance, il reste tenu au paiement des primes, il demeure donc partie du contrat. Enfin, il peut, à son gré, révoquer son acte et en détruire les conséquences, en refusant de continuer le paiement des annuités.

D'autres auteurs voient, au contraire, dans l'assurance sur la vie, une véritable gestion d'affaires. Il faut voir là, disent-ils, tous les éléments constitutifs d'une telle opération : l'assuré, c'est le tiers bénéficiaire qui, par son adhésion, donne une véritable ratification qui rétroagit au jour du contrat et ce tiers devient créancier ou débiteur, tout comme s'il avait contracté lui-même (1). Les effets sont donc ceux de la représentation.

Quant à la jurisprudence, elle s'est rangée à la première interprétation ; et, dans de nombreux arrêts, a clairement exprimé cette idée : qu'il fallait voir, dans le contrat d'assurance-vie, une véritable stipulation pour autrui. Toutefois, au point de vue des effets qu'il convenait de donner à cette institution juridique, ses décisions ont un caractère de fixité bien moins marquée.

Pendant longtemps, en effet, la Cour de Cassation avait admis que le tiers bénéficiaire, c'est-à-dire l'assuré, devait être considéré comme recueillant le capital de l'assurance dans le patrimoine du stipulant. Il y avait donc là en quelque sorte une offre de libéralité faite par ce dernier et que l'assuré pouvait, par une ratification, transformer en un contrat produisant des effets rétroactifs. Et comme con-

(1) M. Labbé est un de ceux qui ont le plus activement contribué à l'édification de ce système.

séquences logiques de son système, la Cour de Cassation décidait :

Qu'au cas de faillite de l'assureur, ses créanciers pouvaient, en vertu de l'article 446 du Code de commerce, faire rentrer dans la masse le montant du capital de l'assurance ;

Que le capital de l'assurance, était, en matière de succession, sujet à réduction ;

Enfin, que les cohéritiers du bénéficiaire pouvaient en exiger le rapport.

Depuis quelques années, toutefois, la Cour de Cassation a, sur ces points, totalement modifié sa jurisprudence. Ne voyant plus dans l'acte du stipulant une libéralité, elle décide que l'assuré ne doit plus être considéré comme recueillant le capital de l'assurance dans le patrimoine de l'assureur. A son avis, le droit de l'assuré est un droit personnel, ne reposant que sur sa tête et ne constituant plus une valeur successorale.

C'est de cette conception toute nouvelle que sont sortis deux arrêts récents de la Cour de Cassation, qui renversent complètement l'ancienne théorie et modifient ses effets.

Le premier, en date de 1884 (1), soustrait l'indemnité versée par la compagnie aux poursuites des créanciers du stipulant tombé en état de faillite; mais maintient, en matière de succession, le principe de la réduction et l'obligation au rapport.

Toutefois, les auteurs qui appuyaient l'intervention de la gestion d'affaires en matière de stipulation pour autrui ne furent satisfaits qu'à demi et demandèrent la suppression du rapport et de la réduction.

Satisfaction leur fut donnée par la Cour de cassation

---

(1) Sirey, 1885-1-5.

qui, dans un arrêt de 1896 (1), adopte leur manière de voir.

Donc, le capital de l'assurance sera non seulement soustrait à la réduction, mais encore le bénéficiaire ne sera pas tenu à en supporter le rapport (2).

La réforme demandée par les partisans de la gestion d'affaires était donc obtenue (3).

Doit-on maintenant dire, revenant à la question du débat, que la jurisprudence s'est rangée à leur système et voit aujourd'hui, dans l'assurance-vie, une véritable gestion d'affaires ? On ne peut à cela répondre d'une façon précise.

---

(1) S. 1896-1-361.

(2) Si, toutefois, le capital de l'assurance échappe, par suite de ces deux arrêts, aux poursuites des créanciers, au rapport et à la réduction, les primes versées par le souscripteur devraient y rester soumises.

La jurisprudence de la Cour de cassation délègue aux juges un pouvoir discrétionnaire à ce sujet ; à ces derniers, il appartiendra de décider si les primes doivent être remboursées. On tiendra compte pour cela des revenus du stipulant.

(3) Toutefois, certains auteurs estiment que la Cour de cassation est peut-être allée trop loin et qu'en tous cas, l'exclusion des créanciers du stipulant n'entraînait pas comme conséquence logique et nécessaire, la suppression de la réduction et du rapport.

M. Charmont, dans un article paru dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, 1897, a développé cette dernière idée. Il démontre que les droits des créanciers, en cas de faillite, et l'obligation du rapport, en matière de succession, reposent sur des principes différents et que l'exclusion des créanciers ne motivait nullement la suppression de la réduction et du rapport, une conciliation étant au contraire fort possible.

De plus, conclut-il, l'arrêt de 1896 porte atteinte à un principe essentiel : le principe de l'égalité des partages, ce qui est une atteinte grave.

Non d'abord, semble-t-il, puisque la Cour de cassation considère toujours l'assurance sur la vie comme une application de l'article 1121, c'est-à-dire comme une stipulation pour autrui, elle le dit elle-même dans ses arrêts.

Mais, en ce qui concerne les conséquences qu'elle fait produire à l'assurance sur la vie, elle paraît se rattacher à la théorie contraire. Ces conséquences sont, en effet, celles qu'entraînerait une gestion d'affaires.

Comme on le voit, il est exact de dire, dans une certaine mesure, que les deux systèmes opposés sont en quelque sorte synthétisés dans celui de la jurisprudence, et que chacun d'eux y trouve comme une sorte de satisfaction.

Revenant maintenant à la question plus générale qui nous occupe et pour l'étude de laquelle l'assurance sur la vie n'a été qu'un exemple destiné à faciliter nos explications, nous répèterons qu'il n'est pas toujours facile, dans la pratique, de distinguer deux opérations juridiques pourtant si différentes en théorie : stipulation pour autrui et gestion d'affaires, c'est-à-dire représentation.

Et, de plus, on peut également découvrir dans cette confusion des traits caractéristiques qui les différencient ; et, dans l'exemple que nous avons choisi, une tendance de la part de la stipulation pour autrui à se rapprocher de la représentation.

Section II. — Des rapports du Mandat et de la Représentation.

L'article 1984 du Code civil nous définit ainsi le mandat. « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ».

Donc, d'après cette définition, il semblerait que la représentation soit le caractère essentiel du mandat et que dans tous les cas, par conséquent, le mandataire représente le mandant. Mandat et représentation seraient donc deux choses reposant sur une base commune : le pouvoir de représenter.

Toutefois, ces conséquences ne sont pas acceptées par tous les auteurs ; et, sur cette question, deux systèmes différents ont été émis : l'un donnant au mandat, comme fondement, l'idée de représentation ; le second voyant dans ces deux notions juridiques deux rapports distincts.

Nous exposerons sommairement ces deux opinions et nous rechercherons ensuite à laquelle des deux il convient de nous rattacher.

La question à étudier doit être ainsi formulée :

La représentation est-elle ou non de l'essence du mandat? Dans le cas de l'affirmative, tous deux se confondent, ou, plus exactement, l'un se fond dans l'autre ; le mandat n'est plus qu'une application particulière de la conception plus générale de la représentation. Si on admet, au contraire, la négative, on peut admettre qu'il peut y avoir mandat sans représentation, et qu'il faut voir là deux notions juridiques distinctes.

Les partisans de la première opinion enseignent que la représentation est un caractère essentiel au mandat ; beaucoup d'auteurs français se rangent à cet avis. « La représentation du mandant par le mandataire, nous dit M. Laurent (*Du Mandat*, t. IV), est un caractère essentiel du mandat » (1). Pour eux, représentation et mandat sont donc identifiés et reposent sur le même fondement.

---

(1) Dans le même sens : Aubry et Rau, t. IV ; Baudry-Lacantinerie, t. III ; Paul Pont : *Petits contrats*, t. I. Toutefois, en sens

Ce système s'appuie sur la définition de l'article 1984, qui, semble-t-il, constitue un puissant argument en leur faveur.

De plus, on peut également dégager cette idée de certains arrêts de jurisprudence (1), qui se rattachent, eux aussi, à cette interprétation.

D'après les partisans de la seconde opinion, au contraire, la représentation n'est pas de l'essence du mandat, et il faut voir là deux notions juridiques distinctes.

D'abord, la représentation n'est pas de l'essence du mandat. L'une peut fort bien exister sans l'autre et réciproquement. Le mandataire peut, dans bien des cas, ne pas représenter le mandant : quand, par exemple, le mandat a été constitué pour de simples services d'où toute idée de représentation doit être exclue. De même, le commissionnaire et le prête-nom sont de véritables mandataires et ne représentent pourtant pas leur mandant. Et réciproquement, pour mieux dégager les différences entre les deux, on peut dire qu'il se présente un grand nombre de cas où la représentation est exclusive du mandat; quand, par exemple, le tiers, ignorant la révocation du mandant, traite de bonne foi avec ce dernier avec l'intention de faire naître les effets de représentation.

De plus, au point de vue de leur formation, mandat et représentation sont choses bien différentes :

Dans le mandat, la déclaration de volonté du mandant s'adresse au mandataire seul ; dans la représentation, la

---

contraire, M. Guillouard : « Le mandataire peut traiter en son nom personnel au lieu de traiter au nom du mandant ».

(1) Voir S., 1887-1-76 : Attendu qu'aux termes de l'article 1984, le mandant. . . . . qu'ainsi, le caractère essentiel de ce contrat consiste dans le pouvoir de représenter.

procuration peut être donnée au fondé de pouvoir, mais elle peut être aussi, et elle le sera le plus souvent, adressée au tiers contractant.

D'où il résulte que, dans le premier cas, deux personnes interviennent à la formation du rapport juridique du mandat ; en matière de représentation, au contraire, trois volontés concourent directement à sa formation.

De plus, le mandat repose sur une base contractuelle, tandis que la représentation a pour fondement une déclaration unilatérale de volonté.

Entre les deux opinions que nous venons d'analyser en quelques mots, nous opterons pour la seconde ; et nous verrons, dans le mandat et la représentation, deux rapports distincts, n'ayant que quelques points d'analogie mais ne reposant pas sur une base commune.

Nous dirons donc, pour répondre directement à la question, que la représentation n'est pas un caractère essentiel au mandat (1).

Sans doute, il faut le reconnaître, le mandat confèrera souvent le pouvoir de représenter, mais ce ne sera là qu'un cas fréquent et non une nécessité.

En un mot, la représentation est de la nature du mandat, mais elle n'est pas de son essence.

Enfin, pour terminer, signalons dans quel sens a été résolue la question dans les législations étrangères.

Le Code civil italien (art. 1711) dit, implicitement, que la représentation n'est pas essentielle au mandat, puisqu'il

---

(1) On pourrait citer aussi, en faveur de cette opinion, plusieurs arrêts de jurisprudence ; du reste, le fait, de la part de cette dernière d'admettre le mandat prête-nom qui est un véritabe mandat, en est une preuve puisqu'elle décide que, dans ce cas, il n'y a pas représentation.

peut y avoir mandat sans représentation. « Lorsque le mandataire agit en son nom, le mandant n'a pas d'action contre ceux avec lesquels le mandataire a contracté et ces derniers n'ont pas d'action contre le mandant ». Il n'y a donc pas représentation.

Quant au Code allemand, la question est nettement tranchée. En effet, au début du chapitre spécial consacré à la représentation, il est écrit :

« La procuration se distingue donc nettement du mandat, elle est souvent basée sur un mandat, mais elle peut aussi reposer sur un autre rapport juridique et spécialement sur un contrat de société » (art. 714 et 715).

Section III. — De la Représentation en droit commercial

Il nous reste, enfin, pour terminer notre étude sur la représentation, à délimiter son fonctionnement en matière de droit commercial.

Avec l'accroissement des relations entre peuples et entre individus, avec le développement du commerce et de l'industrie, le besoin d'une nouvelle activité s'était fait sentir; aussi la représentation était-elle toute indiquée pour donner essor et pour faciliter dans une large mesure la satisfaction de ce besoin d'activité. Car, nous l'avons vu, son rôle, son but, est d'agrandir, d'augmenter en quelque sorte la personnalité juridique de l'individu; c'est, en effet, grâce à des représentants que chacun peut multiplier ses opérations, en se créant simultanément des centres d'affaires un peu partout.

Nous aurons donc à rechercher quels sont les divers moyens mis à la portée de chacun pour atteindre ce résultat, et à délimiter la part exacte qu'il convient d'attribuer au principe de la représentation.

Les commerçants, pour se créer des relations commerciales nouvelles et pour étendre le cercle de leurs opérations, emploient souvent divers auxiliaires ou intermédiaires.

Ils ont recours :

Tantôt à des personnes qui, tout en gardant une situation indépendante, accomplissent diverses opérations pour le compte d'autrui qui ne sont liées à aucune maison et peuvent donc, à leur gré, traiter avec qui bon leur semble : ce sont les commissionnaires.

Tantôt à des personnes qui se placent sous leur dépendance et qui se chargent de traiter pour le compte du patron vis-à-vis duquel ils ont engagé leurs services. Ce sont les commis ou préposés.

Nous étudierons successivement le rôle de chacun de ces intermédiaires et nous rechercherons dans quelle mesure ce rôle est celui d'un représentant.

I. *De la Commission.* — La commission est un contrat par lequel une personne, appelée commissionnaire, se charge de faire pour le compte d'une autre personne, appelée commettant, une ou plusieurs opérations.

Telle est la définition qui se dégage de la lecture de l'article 91 du Code de commerce, qui nous parle du commissionnaire.

Comme on le voit, la commission présente beaucoup d'analogies avec une institution du droit civil que nous avons souvent mentionnée : le *Mandat*. Cependant, ce sont là deux opérations juridiques différentes, ou, du moins, ayant un champ d'étendue différent, et qui doivent être distinguées l'une de l'autre.

Quel est donc le caractère distinctif de la commission,

le criterium auquel il faut avoir recours pour la distinguer du mandat proprement dit?

Deux opinions sont en présence :

L'une veut voir ce criterium dans la façon d'agir du commissionnaire et du mandataire : le premier, agissant d'après l'article 91 du Code de commerce, en son propre nom ; le second, d'après l'article 1984 du Code civil, au nom du mandant ;

La seconde voit, au contraire, dans la nature de l'opération à accomplir le trait caractéristique de la commission et le criterium qui permet de la différencier du mandat du droit civil.

Si l'opération à accomplir est une opération civile, on se trouve en présence du mandat de l'article 1984 ; si l'opération est, au contraire, une opération commerciale, il faut décider qu'on se trouve en présence d'un contrat de commission.

De ces deux opinions, nous adopterons la seconde, qui paraît plus conforme aux explications que nous avons déjà fournies sur la théorie générale de la représentation, et qui paraît plus en harmonie avec l'article 91 du Code de commerce.

Tout d'abord, disent les partisans de la première opinion, ce qui distingue le mandataire du commissionnaire, c'est que le premier agit au nom du mandant, le second en son nom propre (1). Une telle distinction n'est pas exacte. Nous avons vu, en effet, que le mandataire peut agir au

---

(1) Sans doute, dans la pratique, il en sera souvent ainsi, mais pas nécessairement. C'est là seulement le cas qui se présentera le plus souvent, l'article 1984 n'ayant prévu que *de eo quod plerumque fit*. Mais un tel système ne peut être admis, parce qu'il n'est pas celui de la loi française. V. Thaller, *Droit commercial :* Commission.

nom du mandant ; sans doute, dans ce cas, les effets de la représentation ne se produisent pas, mais l'acte n'en est pas moins valable: c'est le cas déjà cité du mandataire prête-nom. De plus, il est également inexact de dire que le commissionnaire agit en son nom propre.

Sans doute, l'article 94, paraît le dire en propres termes dans l'alinéa I^er^, mais le second alinéa de ce texte ajoute aussi :

« Les devoirs et droits du commissionnaire qui agit au nom du commettant seront réglés par le Code Napoléon ». Cet article prévoit donc le cas où le commissionnaire agit au nom d'autrui, et diminue considérablement la portée du premier alinéa qui du reste, ne prévoit que le cas le plus fréquent.

Nous nous rattacherons donc à la seconde interprétation et nous dirons que la commission se reconnaitra à ceci : que l'opération à accomplir sera d'une nature commerciale.

Du reste, la commission étant placée dans le Code de commerce indique suffisamment que là est son véritable caractère (1).

La commission sera donc en droit commercial ce qu'est le mandat en droit civil. Ce seront deux institutions parallèles, dans deux codes différents, comportant des règles spéciales. La commission ne sera donc, en réalité, autre chose qu'un mandat commercial.

Toutefois, ce n'est qu'au point de vue du fonctionnement général qu'il convient d'assimiler le mandat et la commission. Il existe, en effet, entre ces deux opérations juridiques de nombreuses différences (2).

(1) En ce sens : Lyon-Caen et Renault : *De la Commission.*

(2) Les principales différences sont les suivantes : le mandat est,

Aussi la commission a-t-elle été très heureusement définie par MM. Lyon-Caen et Renault : « Un contrat, par lequel un commerçant, appelé commissionnaire, s'oblige, moyennant une rémunération, qu'une autre personne, appelée commettant, s'oblige à lui payer, à faire pour le compte de ce commettant, soit en son nom, soit au nom du commettant, une ou plusieurs opérations commerciales ».

Nous avons maintenant nettement déterminé le caractère de la commission ; il nous reste à rechercher dans quelle mesure le principe de la représentation y reçoit son application.

Nous distinguerons, comme le fait l'article 91, deux cas bien distincts :

a) Le Commissionnaire a agi au nom du commettant. Dans ce cas, nous dit l'article 91, al. 2, il y a lieu d'appliquer les règles relatives au mandat du droit civil. Donc, en ce qui concerne les effets des actes accomplis par le commissionnaire, nous devons faire intervenir l'art. 1998 du code civil et dire que le commettant sera tenu d'exécuter les engagements contractés en son nom par le commissionnaire, conformément au pouvoir donné. Les actes du commissionnaire produiront alors directement leurs effets dans le patrimoine du commettant, tout comme si ce dernier les avait accomplis lui-même. Ce sera par conséquent le commettant qui deviendra créancier ou débiteur direct des tiers contractants.

Le principe de la représentation reçoit donc, dans ce cas, une pleine et entière application.

---

en principe, gratuit ; la commission est, au contraire, salariée. L'acte du mandataire est un acte d'ami ; l'acte du commissionnaire est, au contraire, un acte de profession. Enfin le commissionnaire jouit d'un privilège, art. 95, que n'a pas le mandataire.

En droit, le véritable contractant c'est le commettant ; le représentant, c'est le commissionnaire, qui se retire une fois l'acte conclu et ne peut aucunement participer à ses effets.

Du reste, insister à ce sujet ne serait que produire une répétition inutile des règles exposées déjà en étudiant la représentation. L'article 94, renvoie au titre du « Mandat », c'est-à-dire qu'il décide que le commissionnaire qui agit au nom du commettant est un représentant.

b) Le commissionnaire a agi en son nom propre. Dans cette hypothèse, la situation est toute différente. Il n'y a plus représentation ; les actes accomplis par le commisionnaire ne se produiront plus directement dans le patrimoine du commettant (1).

Le commissionnaire restera donc créancier ou débiteur des tiers avec lesquels il a contracté, comme s'il avait agi pour son compte. Et les actions directes, qui dans la représentation sont données au représenté contre les tiers et réciproquement, ne pourront être exercées dans notre hypothèse. Il ne pourra être question que de l'action indirecte de l'article 1166 du Code civil.

Donc, dans le cas où le commissionnaire a agi en son nom, les effets de la représentation ne se produisent plus ; et, seuls, les contractants en fait restent les contractants en droit. Le commissionnaire profitera ou souffrira seul des conséquences de ses actes.

Toutefois, il ne faut pas donner à cette règle une trop grande extension et lui attribuer une portée qu'elle n'a

---

(1) Et comme conséquences, la compensation légale se produira entre le commissionnaire et les tiers contractants, et ces derniers souffriront de l'insolvabilité ou de la faillite du commissionnaire. (Lyon-Caen et Renault).

pas. Nous n'avons, jusqu'ici, traité la question qu'au point de vue qui nous intéressait, au point de vue de la représentation. Notre but était de rechercher si la commission avait pour résultat de créer un lien de droit direct entre le commettant et le tiers contractant.

Nous avons fait une distinction et répondu négativement dans le cas où le commissionnaire a traité en son nom propre, car alors celui-ci est réputé (1) être le véritable maître de l'affaire aux yeux du tiers contractant.

Mais, cette idée n'est exacte que dans les rapports de commettant à tiers contractant et ne doit pas recevoir son application vis-à-vis des véritables tiers, de ceux qui sont restés totalement étangers à la conclusion de l'acte juridique. Pour eux, en effet, le contrat de commission intervenu entre le commettant et le commissionnaire existe réellement et doit être respecté ; pour eux, le véritable maître de l'affaire, c'est le commettant, qui a le droit de se prévaloir des effets de l'acte.

Donc, en résumé, vis-à-vis du tiers contractant, le maître de l'affaire, c'est le commissionnaire, quand, bien entendu, ce dernier a traité en son nom.

Vis-à-vis des tiers, c'est le commettant.

Et, comme le font remarquer MM. Lyon-Caen et Renault, si le Code de commerce ne fait pas lui-même cette distinction, il la présuppose dans l'article 575, al. 2. Ce texte prévoit le cas où le commissionnaire vendeur tombe en faillite et où le prix de la vente est encore dû. Si le principe, admis vis-à-vis du tiers contractant, à

---

(1) Et nous disons *réputé*, car ce n'est là qu'une fiction légale, comme le dit un arrêt que nous citerons bientôt : et c'est bien une véritable fiction, car le véritable maître de l'affaire est réellement le commettant sur les ordres duquel a traité le commissionnaire.

savoir que le véritable et seul contractant est le commissionnaire, était également vrai vis-à-vis de tous les tiers, c'est-à-dire ici des créanciers de ce dernier, il faudrait, en conséquence, décider que le prix de la vente fait partie de l'actif de la faillite. Et les créanciers du failli pourraient donc le revendiquer. Eh bien ! dans cette hypothèse, l'article 575 rejette cette solution et déclare, que le prix encore dû doit revenir au commettant qui aux yeux des véritables tiers est le maître de l'affaire, le véritable vendeur. Le commissionnaire, n'étant en réalité qu'un intermédiaire, n'a aucun droit sur ce prix et ses créanciers ne peuvent avoir plus de droits que lui.

On peut citer en ce sens, un jugement du Tribunal civil de la Seine, du 2 janvier 1897 (1). L'espèce était la suivante : une maison anglaise se livrant au trafic d'importation d'œufs, avait choisi comme agent à Paris un sieur A..., lequel était vis-à-vis d'elle un véritable commissionnaire, touchant une somme de trois francs par caisse sur les ventes effectuées par son entremise.

Le commissionnaire tombe au-dessous de ses affaires, et ses créanciers personnels ayant opéré une saisie-arrêt sur un wagon chargé d'œufs que le commettant adressait à leur débiteur, un séquestre nommé en référé vend la marchandise et en conserve le prix. Les créanciers saisissants réclament le montant de la vente, se basant sur ce que le commissionnaire, traitant en son nom propre, aurait lui-même touché le prix de ces marchandises, s'il les avait vendues lui-même.

Le Tribunal civil de la Seine, saisi de l'affaire, décide que la fiction légale (à savoir que le commissionnaire trai-

(1) Ce jugement est relaté dans les *Annales du droit commercial*, 1897.

tant *proprio nomine* est seul créancier ou débiteur) ne produit pas ses effets dans le rapport du commissionnaire avec le commettant, et qu'à ce point de vue, les actes faits par le commissionnaire, alors même qu'il les a faits en son nom, doivent être réputés faits par le commettant et pour lui. Que les acheteurs qui ont traité avec A..., propriétaire apparent des marchandises, n'avaient point à se préoccuper de la question de savoir s'il vendait ou non pour son compte. Mais que les créanciers opposants, au contraire, ne peuvent être assimilés dans l'espèce aux tiers contractants, aux acheteurs de A... Ils ne sont, en effet, que les ayants cause de leur débiteur, n'agissant qu'en vertu des droits qui lui appartiennent et qu'ils ne peuvent par conséquent, avoir plus de pouvoirs qu'il n'en a lui-même, et qu'ils ne sont donc pas fondés à opposer au commettant des moyens que le commissionnaire ne peut pas lui-même invoquer. Les sommes provenant de la vente reviennent donc au commettant, propriétaire de la chose vendue.

Donc, pour conclure, le principe : que le commissionnaire, traitant *proprio nomine*, devient seul créancier ou débiteur, n'est vrai que vis-à-vis des tiers contractants. Aux yeux de toute autre personne que ces derniers, le véritable et le seul maître de l'affaire, c'est le commettant.

Nous avons donc, maintenant, comme nous nous l'étions proposé, examiné le caractère de la commission et déterminé la mesure dans laquelle la représentation y reçoit son application.

Nous terminerons par quelques considérations générales sur le fonctionnement de la commission.

Nous avons vu que le commissionnaire pouvait agir soit en son nom, soit au nom du commettant.

Reconnaissons, toutefois, que cette dernière façon de

traiter est aujourd'hui peu employée et que, d'une façon générale, le commissionnaire traite en son nom propre. Du reste, une des raisons d'être de la commission, un de ses grands avantages, semble l'exiger. La concurrence dans le commerce constitue, dans bien des cas, pour certains qui traitent à des prix avantageux, un motif sérieux les déterminant à ne pas faire connaître à leurs concurrents le nom de leurs contractants.

Ils peuvent, s'adressant à un commissionnaire discret qui traite *proprio nomine*, laisser ignorer à tous les sources où ils s'approvisionnent ou les débouchés de leurs produits. La question de crédit est également une raison très puissante en faveur de cette façon d'agir. Tel industriel qui, se trouvant éloigné de commerçants avec lesquels il désire entrer en relations, ne peut apprécier le degré de confiance qu'il convient de leur accorder, traitera de préférence avec eux par l'intermédiaire d'un commissionnaire qu'il connaît et qu'il sait être au-dessus de ses affaires. Ce dernier agissant *proprio nomine,* c'est de lui seul qu'il deviendra créancier.

Enfin, signalons en dernier lieu, à propos du rôle joué par la commission, une appréciation de M. Thaller, sur le sort de cette institution : « La commission, écrit cet auteur, va déclinant de plus en plus. Les commissionnaires se transforment en opérateurs pour compte, en acheteurs ou vendeurs directs. L'industrie emploie préférablement les représentants de commerce dont le concours est moins coûteux. On a compris que la lutte commerciale et que la loi du bon marché exigeaient la réduction des intermédiaires ».

Nous ne partagerons pas la manière de voir de M. Thaller. La commission n'est pas prête à disparaître et s'il est exact qu'elle ait décliné, ce n'est, sans doute,

que momentané ; et, dans tous les cas, ce n'est pas à son mauvais mécanisme qu'il faut en attribuer le motif. Du reste, en remplaçant les commissionnaires par des représentants de commerce, on ne supprime pas les intermédiaires, ou, du moins, la suppression n'est qu'apparente. Que celui qui fait des opérations pour le compte d'autrui s'appelle commissionnaire ou préposé, il est toujours rétribué, et la loi du bon marché reste toujours la même.

De plus, est-il bien exact de dire que l'emploi du représentant de commerce, du préposé, est moins coûteux ? La chose est très discutable. Le préposé est constamment au service du patron ; que les affaires de ce dernier soient prospères ou mauvaises, il est toujours payé; qu'un commerçant fasse beaucoup de ventes ou peu, il doit toujours payer le louage de services de son commis. Celui qui s'adresse à un commissionnaire, au contraire, ne paie ce dernier qu'autant qu'il emploie son concours, qu'autant, par conséquent, qu'il fait de nombreuses affaires. Si ses opérations sont fréquentes, il paie cher son intermédiaire, et alors ses bénéfices augmentent aussi ; si ses opérations sont rares, il ne débourse que très peu.

Nous pensons donc que de telles raisons ne sont pas de nature à justifier une disparition probable de la commission, dont les avantages ne sauraient être niés.

II. *Commis ou Préposés.* — Les commis ou préposés sont des personnes chargées de faire des opérations commerciales pour le compte et au nom de leur patron. Dans le langage courant, on les désigne sous des dénominations différentes, suivant l'importance de leurs actes ou la nature de leurs occupations. Ce sont tantôt des préposés, des placiers, des commis, des commis voyageurs,

des fondés de pouvoir, etc. Peu importe leur qualification ; ce qu'il nous importe de savoir, c'est qu'ils sont soumis, au point de vue de leurs actes, à des règles identiques. Nous les désignerons sous le nom de commis.

Les commis, diffèrent des commissionnaires en ce qu'ils n'ont pas, comme ces derniers, une situation indépendante. Ils sont, au contraire, de simples employés au service d'un patron, et ne peuvent, par conséquent, agir que pour le compte de ce patron. Ce qui les caractérise, c'est qu'à l'inverse du commissionnaire, ils agissent toujours au nom d'autrui et sont donc de véritables représentants.

Leurs actes auront donc pour effet de lier les tiers avec lesquels ils traitent vis-à-vis du patron qu'ils représentent. C'est, par conséquent, l'application des principes de la représentation.

Avec les commis, il ne faut pas confondre une catégorie de commerçants auxquels on donne dans le langage courant le nom de représentants, bien qu'en réalité ils ne représentent personne au vrai sens du mot. Ce sont des personnes investies par une grande maison de fabrication du monopole de la vente des produits de cette maison dans un endroit déterminé. Bien entendu, ils bénéficient d'une réduction de prix qui leur est consentie par le fabricant, c'est ce qui constitue, du reste, leur bénéfice. Ces commerçants ne sont nullement des représentants, car ils agissent toujours en leur nom personnel et c'est avec eux seuls que les tiers règlent les difficultés résultant des opérations intervenues entre eux. Ces personnes diffèrent des préposés ou commis en ceci : qu'elles ne sont nullement au service d'une maison et qu'elles peuvent, à leur gré, se faire les intermédiaires de plusieurs maisons en même temps.

CONCLUSION

Nous avons, maintenant, terminé l'étude que nous nous étions imposée : de la représentation dans les actes juridiques. Conformément à la division que nous avions indiquée pour notre travail, nous avons tout d'abord essayé de dégager, des textes épars dans nos lois, le véritable caractère juridique de la représentation. Et c'était là un des points essentiels de notre étude, car l'examen de toute institution juridique nécessite, en premier lieu, une notion exacte et nettement déterminée de cette institution.

Nous avons ensuite examiné quelles étaient les conditions et les règles qui régissaient la représentation, et c'était peut-être dans l'étude de ce point que résidait la plus grande part de l'intérêt de notre travail ; car, nous l'avons vu, la représentation, n'étant pas traitée d'une façon particulière dans nos codes, offre par cela même, aux discussions juridiques et à la diversité des opinions, un champ d'étendue très vaste.

Nous avons, enfin, terminé par quelques considérations pratiques sur le fonctionnement de la représentation dans les principales opérations juridiques de la vie courante, essayant de délimiter ainsi son domaine pour mieux encore en préciser le sens.

Certes, ce travail avait été fait, avant nous, d'une façon plus complète et la question trop bien traitée par d'autres, pour que nous puissions rendre le nôtre intéressant. Notre but a été de dégager et de condenser des principes et des règles que nous avons puisés à des sources diverses, les faisant suivre parfois de quelques réflexions et appréciations personnelles.

Nous avons fait également intervenir, dans les discussions que nous avons rappelées et examinées, l'opinion de certains jurisconsultes dont le nom et la considération étaient une garantie et constituaient un appui sérieux en faveur de leur thèse.

Nous nous sommes enfin inspiré, dans notre étude, des décisions de la jurisprudence et de certains textes de législation étrangère.

Maintenant, quelle idée générale pouvons-nous dégager de nos explications ?

L'étude de la représentation nous a permis, une fois de plus, de constater les progrès rapides et incessants de cette institution. Le nombre des opérations civiles et surtout commerciales, qui, grâce au besoin d'activité humaine, ne fait que croître de jour en jour, lui promet un développement régulier et constant et lui assure un bel avenir.

Toutefois, aussi bonne et aussi utile que soit une institution, son application et l'étendue de son domaine doivent être limitées. Si la représentation, par ses facilités et les nombreux avantages qu'elle procure, doit prendre, dans notre droit, une bien large place, il ne faut pourtant pas en conclure qu'elle doive supplanter et absorber d'autres institutions qui, comme elle, peuvent aussi rendre de grands services.

L'idée de représentation est, aujourd'hui, passée dans

notre droit ; soit, mais à côté d'elle nous trouvons aussi l'idée contraire. Le principe de non-représentation prospère, lui aussi, dans notre droit commercial. La commission (1) reçoit encore une bien grande application dans la pratique des affaires, et, s'il en est ainsi, c'est qu'elle présente, sans doute, à son tour, de nombreux avantages. Ces avantages, nous les avons signalés en faisant son étude, nous n'y reviendrons pas. M. Thaller nous a annoncé, il est vrai, sa disparition prochaine, mais nous avons exprimé des doutes à cet égard et refusé de nous associer à sa manière de voir.

A notre avis, ces deux principes opposés peuvent et doivent marcher de front, suivre une route parallèle. Peut-être le développement rapide de l'un a-t-il pu diminuer le prestige de l'autre, mais, dans les institutions juridiques, il se produit, comme en toutes choses, des retours quelquefois subits et inattendus qu'on ne peut prévoir.

Qu'il nous soit enfin permis, pour conclure, de formuler un vœu dont, de l'avis de tous, la réalisation s'impose.

Puisque la représentation prend, chaque jour, une extension nouvelle, les règles qui la régissent doivent être nettement déterminées ; puisque les opérations juridiques de la vie civile et commerciale se développent sans cesse, il importe que les parties soient bien renseignées sur leur véritable caractère et sur leurs effets. Il n'en est malheureusement pas ainsi, et l'œuvre du législateur, nous avons eu l'occasion de le constater à maintes reprises, est plus qu'insuffisante. De plus, la doctrine est souvent divisée

---

(1) Et par commission, nous entendons ici le cas le plus fréquent, celui où, le commissionnaire parlant en son nom propre, le principe de la représentation n'intervient pas.

sur beaucoup de questions et la jurisprudence parfois incertaine.

Aussi, pour toutes ces raisons, nous estimons qu'une réforme sérieuse s'impose; le développement de l'activité juridique ne peut qu'y trouver un nouveau stimulant.

Le législateur allemand a comblé cette lacune : que le législateur français l'imite.

Vu : le Président de la thèse,
Montpellier, le 4 juin 1899,
J. CHARMONT.

Vu : le Doyen de la Faculté de droit,
Montpellier, le 10 juin 1899,
VIGIÉ.

Vu et permis d'imprimer :
Montpellier, le 12 juin 1899.
Le Recteur :
Ant. BENOIST.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION. — Considérations générales sur la représentation :

Son caractère et son fonctionnement sommaires. Ses avantages, ses inconvénients.

Aperçu historique. Théorie romaine de la personnalité des effets de l'acte juridique. Modifications successives apportées au principe du droit civil romain 9

CHAPITRE PREMIER. — Nature juridique de la représentation :

Section Ire. — Systèmes divers proposés sur la question. Admission de l'idée de fiction 21

Section II. — Quels actes comportent la représentation. Cas de représentation impossible. Cas de représentation obligatoire. Représentation de l'avoué. Explication de la règle : « Nul ne plaide, en France, par procureur, etc. ». 28

CHAPITRE II. — Conditions de la représentation :

Section Ire. — Capacité des parties. Les administrateurs des personnes morales sont-ils, ou non, des représentants ? 36

Section II. — Caractère distinctif de la représentation ; le représentant doit-il, ou non, agir au nom du représenté ? 42

Section III. — Constitution du pouvoir de représenter. Pouvoir émanant de la loi. Pouvoir conventionnel : étude de la procuration et de la ratification. 55

CHAPITRE III. — Effets de la représentation :

Conséquences de l'acte du représentant à l'égard de ce dernier, du représenté et du tiers contractant. 80

Étude de la question : « Le procureur peut-il traiter avec lui-même ? ». 86

CHAPITRE IV. — Délimitation du domaine de la représentation :

Ses rapports avec la stipulation pour autrui et ses différences 95

Ses rapports avec le mandat. 101

De la représentation en droit commercial : commissionnaires. 105

CONCLUSION. 117